

القول على

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي الموفى سنة ٧٩٥هـ

في الفقه الاسلامي

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(رب يسر وأعن)

قال الشيخ الامام العالم العلامة أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته .

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم ، وشيد معاهد العلم بخطابه ، وأحكم ، وفقه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهم ، وأوقض من شاء على ما شاء من أسرار مراده وأهم ، فسيحان من حكم فاحكم ، وحلل وحزم ، وعرف وعلم ، علم ينفع علم للانفس علم يعلم ، وأشهدان لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي الى الطريق الاقوم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وودائع العلم والحلم والسكرم ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

أما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقهاء أصول المذهب ، وتطلعهم من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب . وتنظم له مشور المسائل في ملك واحد ، وتعيد له الشوارد وتقرّب عليه كل متباعد ، فليمعن (١) الناظر فيه النظر ، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر . فلقد سنح بالبال على غاية من الاجمال ، كالارتجال او قريباً من الارتجال ، في ايام يسيرة وليال . ويأني الله العصمة لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المراء في كثير صوابه ، والله المستول ان يوفقنا لصواب القول والعمل ، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل ، لا يخيب من إياه رجاء وعليه توكل .

(القاعدة الأولى)

الماء الجاري هل هو كالراكذ أو كل جرية منه لها حكم للماء المنفرد . فيه خلاف في المذهب يبنى عليه مسائل .

(أحدها) لو وقعت فيه نجاسة فهل يعتبر مجموعها ، فإن كان كثيراً لم ينجس بدون تغير ولا ينجس او تعتبر كل جرية بانفرادها فإن بلغت قلتين لم ينجس والا نهى . فيه روايتان

(١) فلينعهم: د

بحكما الشيرازي وغيره (والثانية) المذهب عند القاضي والثانية لو غمس الاناء النجس في ماء جار ومرت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات ، على وجهين : حكاهما أبو الحسن بن الغازي تلميذ الأعمدي ، وذكر أن ظاهر كلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة ، وفي شرح المذهب للقاضي : أن كلام أحمد يدل عليه ، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقيب كل جرية . (والثالثة) لو انغمس المحدث حدثاً أصغر في ماء جار للوضوء ومرت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا . على وجهين : أشهرهما عند الأصحاب أنه يرتفع (١) حدثه . وقال أبو الخطاب في الاتصاف : ظاهر كلام أحمد أنه لا يرتفع حدثه لأنه لم يفرق بين الجارى والراكد . قلت : بل نص أحمد على التسوية بينهما في رواية محمد بن الحكم ، وأنه إذا انغمس في دجلة فإنه لا يرتفع حدثه حتى يخرج حدثه مرتباً (والرابعة) لو حلف لا يقف في هذا الماء وكان جارياً لم يحنث عند أبي الخطاب وغيره ، لأن الجارى يتبدل ويستخلف شيئاً فشيئاً ، فلا يتصور الوقوف فيه . وقياس المنصوص أنه يحنث ، لا سيما والعرف يشهد له بالإيمان مرجعها إلى العرف ، ثم وجدت القاضي في الجامع الكبير ذكر نحو هذا [والله اعلم] .

(القاعدة الثانية)

شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتصل ، وكذلك الظفر . هذا هو جادة المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) إذا مس شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه ، وكذلك ظفرها أو مسها بظفره أو شعره (٢) ولهذا المسألة مأخذ آخر : وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية ، وهي شرط لنقض الوضوء عندنا (ومنها) أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب ، وكذا ما طال من الظفر على احتمال فيه ، أما على المشهور فإن انفصل من آدمي لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس ، لأنه كانت فيه حياة ثم فارقت حال انفصاله فنعه الاتصال من التنجيس فإذا انفصل زال المانع فنجس (ومنها) غسله في الجنابة والحدث . فاما الجنابة ففي وجوب غسله وجهان والذي رجحه صاحب المغنى وذكر أنه ظاهر كلام الخرقى عدم الوجوب طرداً للقاعدة ، ومن أوجهه فيقول : وجب تعبداً . نعم إن كان وصول الماء إلى البشرة لا يمكن بدون غسله وجب لضرورة وجوب إيصال الماء إلى ماتحته ، وإما في الحدث الأصغر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح ، وإما المحاذي لمحل الفرض فيجزى إمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفاً ، لأن إيصال الماء

الى الحوائل في الوضوء كاف وان لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلقة كالخف والعمامة والجبيرة فالمتصل خلقة أولى (ومنها) لو اضاف طلاقاً أو عتاقاً أو ظهاراً إلى الشعر أو الظفر لم يثبت به الطلاق ولا العتاق ولا الظهار على الأصح (ومنها) لو كان جيبه واسعاً ترى منه عورته في الصلاة لكن له الحية (١) كبيرة تستره فالمذهب أنه يكفيه في الستر ، قال في المغني : نص عليه مع أنه قرر في كتاب الحج أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا فدية فيه . وخالفه صاحب شرح الهداية وقال : هو ستر في الموضعين وتردد فيه القاضى في شرح المذهب فجزم تارة بأن الستر بالمتصل ليس بستر في الاحرام ولا في الصلاة ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر في الصلاة دون الاحرام ، لأن القصد في ستر الصلاة تغييب لون البشرة وفي الاحرام انما يحرم الستر بما يستتر به عادة . فاما إيجاب الفدية به وضمائه من الصيد وتحريم نظره على الأجني ، فلما يتعلق بجملته البدن من ازالته جماله وتأذى الصيد بترويعه واثبات اليد عليه ، وهو ممتنع ، والافتتان بالمرأة ولهذا لو انفصل شعر المرأة جاز النظر اليه على ظاهر كلام ابي الخطاب في الانتصار وحكى صاحب التلخيص فيه وجهين .

(القاعدة الثالثة)

من وجبت عليه عبادة فأتى بما لو اقتصر على مادونه لاجزأه هل يوصف الكل بالوجوب أو قدر الاجزاء منه . ان كانت الزيادة متميزة منفصلة فلا اشكال في أنها نفل بانفرادها كإخراج صاعين مفردين في الفطرة ونحوها (٢) ، وأما ان لم تكن متميزة فقيه وجهان مذكوران في أصول الفقه وينبنى عليه مسائل :

(منها) اذا أدرك الامام في الركوع بعد فوات قدر الاجزاء منه هل يكون مدركا له في الفريضة . ظاهر كلام القاضى وابن عقيل تخريجها على الوجهين اذا قلنا لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل قال ابن عقيل ويحتمل أن تجرى الزيادة بجرى الواجب في باب الاتباع خاصة اذا الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق ومضى الجمعة من امرأة وعبد ومسافر (ومنها) اذا وجب عليه شاة فذبح بدنة فهل كلها واجبة أو سبعة . على وجهين (ومنها) اذا أدى عن خمس من الابل بعيراً أو قلنا يجزيه فهل الواجب كله أو خمسة الواجب . حكى القاضى ابو يعلى الصغير فيه وجهين : فعلى القول بأن خمسة الواجب يجزىء عن عشرين بعيراً ايضاً ، وعلى الآخر لا يجزىء عن العشرين الا أربعة ابعة (ومنها) اذا مسح رأسه كله دفعة واحدة وقلنا الفرض منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه (ومنها) اذا اخرج في الزكاة سناً اعلى من

(١) بنسخة الدارجة وهو تصحيف (٢) بالأصل ونحوه

الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع ، قال ابو الخطاب كله فرض وقال القاضى بعضه تطوع وهو للصواب ، لأن الشارع اعطاه جبرانا عن الزيادة ، فاما ما كان الاصل فرضيته ووجوبه ثم سقط بعضه تخفيفا فاذا فُعل الاصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح ، فمن ذلك اذا صلى المسافر اربعافان للكل فرض في حقه وعن أبي بكر أن الركعتين الأخيرتين تنفل (١) لا يصح اقتداء المفترض به فيهما وهو متمش على أصله وهو عدم اعتبار نية القصر ، والمذهب الأول ومنه اذا كفر الواطى في الحيض بدنيا فان الكل واجب وان كان له الاقتصار على نصفه ذكره في المغنى ، ويتخرج فيه وجه من قول أبي بكر فاما ان غسل رأسه بدلا عن مسحه وقلنا بالاجزاء ففى السائل منه وجهان احدهما انه مستعمل في رفع حدث لأن الاصل هو الغسل وانما سقط تخفيفا ، والثانى وهو الصحيح انه طهور لأن الغسل مكروه فلا يكون واجبا وقد يقال والاطماف فى السفر مكروه أيضا .

(القاعدة الرابعة)

العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أو قبل شرط الوجوب ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة :

(منها) الطهارة سبب وجوبها الحدث وشرط الوجوب فعل العبادة المشترط لها الطهارة فيجوز تقديمها على العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث (ومنها) الصلاة فيجوز تقديم صلاة العصر الى وقت الظهر ، والعشاء الى وقت المغرب لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصلاتين عند اللعذر دون عدمه ، ولهذا وادرك جزءا من وقت الزوال ثم طرأ عليه عذر لزمه قضاء الصلاتين على احدى الروايتين ، ولو زال العذر فى آخر وقت العصر لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا فعلم ان الوقتين قد صارافى حال العذر كالوقت الواحد ، ولكنه وقت جواز بالنسبة الى احدهما ووجوب بالنسبة الى الأخرى (ومنها) صلاة الجمعة فان سببها اليوم لأنها تختلف اليه فيجوز فعلها بعد زوال وقت النهى من أول اليوم وان كان الزوال هو وقت الوجوب (ومنها) زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب (ومنها) كفارات الا حرام اذا احتيج اليها للعذر فان العذر سببها فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور (ومنها) صيام التمتع والقرآن فان سببه للعمرة السابقة للحج فى أشهره ، فبالشروع فى احرام العمرة

قد وجد السبب فيجوز الصيام بعده وإن كان وجوبه متأخرا عن ذلك . وأما المسمى فقد التزمه أبو الخطاب في انتصاره، ولنا رواية أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر لمشقة حفظه عليه إلى يوم النحر وعلى المشهور لا يجوز في غير أيام النحر لأن الشرع خصها بالنحر (وعملها) كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية (ومنها) إخراج كفارة القتل أو الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق (ومنها) النذر المطلق نحو إن شفى الله مريضى فله على أن أتصدق بكذا. فله أن يتصدق في الحال ذكره ابن عقيل في فتونه .

ويلتحق بهذه القاعدة ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات ، كالأبراء من الدية بين الجناية والموت وأما من القصاص ففيه روايتان وكتوفية المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والآداء وفيه وجهان وكعفو الشفيع عن الشفعة قبل البيع وفيه روايتان ، فإن سبب الشفعة الملك وشرطها البيع ، وأما إسقاط الورثة حقهم من وصية الموروث في مرضه فالمتصور عن أحمد أنه لا يصح وشبهه في موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرجه الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية على روايتين وكايتاه (١) المكاتب ربع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الآداء وهو جائز .

﴿ القاعدة الخامسة ﴾

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا هذا على قسمين .:

(أحدهما) أن يتبين الخلل في نفس العبادة بأن يظهر وقت الوجوب أن الواجب غير المعجل . ولذلك صور (منها) إذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موسر قال صاحب المغنى لا يجزئه لأن تبين الخلل الواجب غير ما أتى به وإطلاق أكثر [ين] مخالف لذلك لأنه كان فرضه في الظاهر فبرى به وانحلت يمينه بمعنى أنها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلته . وقد صرح أبو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكفر أثر المخالفة (ومنها) إذا كفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغوني في الإقناع بأنه لا يجزئه الصوم وإطلاق أكثرين يخالفه ، بل وفي كلام بعضهم بتصریح به ووجهما أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريئة من عبادة الواجب (ومنها) إذا عجل عن أربع وعشرين من الأبل أربع شياه ثم تنجس واحدة

قبل الحول فقيه وجهان أحدهما : لا يجزئه ويجب عليه اخراج بنت مخاض . والثاني يجزئه عن العشرين ويخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ولا يقال انه يجب عليه شاة عن الخمس الزائدة التي لم يؤد عنها ثلثا يفضى الى ايجاب خمس شياه عن خمس وعشرين (ومنها) اذا صلى الصبي في أول الوقت ثم بلغ قفى وجوب الاعادة وجهان المنصوص انه يجب واختار القاضى فى شرح المذهب خلافه لأنه فعل المأمور به فى أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب به لذلك ، وهذا بخلاف ما اذا حج ثم بلغ فان حجه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه بخلاف الصلاة .

(والقسم الثانى) ان يتبين الخلل فى شرط العبادة المعجلة فالصحيح انه يجزئه ويتفرع عليه مسائل (منها) اذا عجل الزكاة الى فقير مسلم فحال الحول وقد مات أو ارتد أو استغنى من غيرها (ومنها) اذا جمع بين الصلاتين فى وقت أو لاهما بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للبار (ومنها) اذا قصر الصلاتين فى السفر فى وقت أو لاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية .

{ القاعدة السادسة }

إذا فعل عبادة فى وقت وجوبها يظن انها الواجبة عليه ثم تبين بأخرة ان الواجب كان غيرها فانه يجزئه ولذلك صور :

منها اذا أحج المعضوب (١) عن نفسه ثم برى فانه يجزئه على المذهب لأنه فعل الواجب عليه فى وقته لاسيما ان قيل ان ذلك عليه على الفور (ومنها) اذا كفر العاجز عن الصيام بالاطعام للاياس من برئه ثم عوفى فانه لا يلزمه قضاء الصوم (ومنها) اذا ارتفع حيضها لا تدرى مარفعه فانها تعتد عندنا سنة فاذا اعتدت سنة ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به (ومنها) اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لاجل العذر ثم زال العذر قبل تجميع الامام فانه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الامام ، واما ما حكى عن أبى بكر أنه لا يجزئه فعل الظهر قبل تجميع الامام فمن الأصحاب من بناء على هذا الأصل وانه يجب الاعادة لتبيننا ان الواجب عليه الجمعة ، وليس هذا مأخذ أبى بكر فانه صرح بمأخذه وهو ان وقت الظهر فى حق من لاجمة عليه إنما يدخل بفعل الجمعة من الامام كما لا يدخل وقت الذبح فى الاضاحى الا بعد صلاة الامام .

(١) المعضوب : الزمن الذى لا حراك به

ويلتحق بهذه القاعدة ما إذا خفي الاطلاع على خلل الشرط ثم تبين ، فانه يقتصر في الاصح .
 (فمن ذلك) اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً فبان (١) أنه غنى فانها تسقط على أصح الروايتين
 (ومنها) إذا صلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ، ثم تبين الخطأ فانه لا إعادة على الصحيح (ومنها) إذا حكم
 الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر ثم تبين فسقهما ففي النقص روايتان ، رجح ابن عقيل في الفنون (٢)
 عدمه ، وبه جزم القاضي في كتاب الصيد من خلافه ، والآمدى لثلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد
 والمشهور النقص لتعلق حق الغير به ، وأما إذا اصطاد بكلب عليه (٣) ثم أكل من الصيد فانه لا تحرم
 صيوده المتقدمة على الصحيح ، لكن مأخذه انالم تبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه
 او نسي إرساله ، فأما الإعادة على من نسي الماء في رحله وتيمم ثم صلى أو على من صلى صلاة شدة
 الخوف لسواد ظنه عدوا فلم يكن أو كان بينه وبينه ما يمنع العبور فانه مبنى على انه فرط بترك
 البحث والتحقيق .

(القاعدة السابعة)

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب
 دون ما تلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه . هذا على ضربين :
 (أحدهما) أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسيلا عليه مع امكان
 اتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف ، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل كالتمتع
 اذا عدم الهدى فانه رخص له في الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بشمن في ذمته وهو
 موسر في بلده لم يلزمه .

(الضرب الثاني) أن يكون المتلبس به انما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره
 بالكلية فهذا يلزمه الانتقال الى الأصل عند القدرة عليه ولو في اثناء التلبس بالبدل كالعدة
 بالاشهر فانها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض ، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها
 لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طال المدة ، وانما جوز لمن ارتفع حيضها لا تدري مارفعه
 أن تعتد بالاشهر لأن حيضها غير معلوم ولا مظنون عوده . وسواء كانت هذه المعتدة
 مكلفة قل هذا بالاعتداد بالحيض كمن ارتفع حيضها لا تدري مارفعه فاعتدت بالاشهر ثم حاضت
 في أثنائها ، أو لم تكن مكلفة به كالصغيرة اذا حاضت في اثناء العدة بالاشهر .

(١) ثم بان : د (٢) فتونه : د (٣) معلم عليه : د ٧١١

وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين الضريين :

(منها) من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين أو غيرها ثم وجد الرقة ، فالمنذهب لا يلزمه الانتقال لأن ذلك رخصة ، فهو كصيام المتمتع . وفيه وجه يلزمه الانتقال لأن الكفارات مشروعة للردع والزجر وفيها من التغليظ ما ينافي الرخصة المطلقة ، ولهذا يلزم شراء الرقة بثمن في الذمة إذا كان ماله غائباً ، ولو لم يجد من يبيعه رقة بالدين وماله غائب فهل يلزمه انتظاره أو يجوز له العدول الى الصيام للشقة أو يفرق بين الظهار وغيره على أوجه معروفة (ومنها) المتيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء ففى بطلانها روايتان ، لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة فهو كصيام المتمتع ، ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر . ويان الضرورة أنه تستباح معه الصلاة بالحدث فانه غير رافع له على المذهب فلا يجوز اتمام الصلاة محدثاً مع وجود الماء الرافع له (ومنها) إذا نكح المعسر الخائف للعت أمة ثم زال أحد الشرطين ، فهل يفسخ نكاحه . على روايتين والنكاح فيه شوب عبادة .

{ القاعدة الثامنة }

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الاتيان بما قدر عليه منها أم لا . هذا أقسام : (احدها) ان يكون المقدور عليه ليس مقصودا في العبادة بل هو وسيلة محضة اليها كتحريرك اللسان في القراءة وامرار موسى على الرأس في الحلق والختان ، فهذا ليس بواجب لأنه انما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع ، وقد سقط الاصل فسقط ما هو من ضرورته . وواجه القاضي في تحريك اللسان خاصة وهو ضعيف جدا .

(القسم الثاني) ماوجب تبعا لغيره وهو نوعان .

(احدهما) ما كان وجوبه احتياطا للعبادة ليتحقق حصولها كغسل المرفقين في الوضوء فاذا قطعت اليدين المرفق هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا على وجهين : اشهرهما عند الاصحاب الوجوب ، وهو ظاهر كلام أحمد . واختيار (١) القاضي في كتاب الحج من خلافه انه يستحب وحمل كلام أحمد على الاستحباب . هذا اذا بقى شيء من العبادة كما في وضوء الاقطع ، اما اذا (٢) لم يبق شيء بالكلية سقط التبعية كامسالك جزء من الليل في الصوم فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق (والثاني) ماوجب تبعا لغيره على وجه التكميل واللاحق مثل رمي الجمار والمبيت بمنى لمن لم يدرك

الحج ، فالمشهور انه لا يلزمه لان ذلك كله من توابع الوقوف بعرفة ، فلا يلزم من لم يقف بها . وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى يلزمها ، لأنها عبادات في نفسها مستقلة ، ومن أمثلة ذلك : المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود ، فانه لا يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن السجود على بقية الأعضاء انما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له .

(والقسم الثالث) ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده ، او هو غير مأثور به لضرورة (١) (فالاول) كهجوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن اتمامه فلا يلزمه بغير خلاف . (والثاني) كعتق بعض الرقبة في الكفارة فلا يلزم القادر عليه اذا عجز عن التكميل لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن ، ولهذا شرع السراية والسعاية (٢) وقال « ليس لله شريك » فلا يشرع عتق بعض الرقبة . (القسم الرابع) ما هو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة في نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلاف ، ويتفرع عليه مسائل كثيرة :

(منها) العاجز عن القراءة يلزمه القيام لانه وان كان مقصوده الاعظم القراءة لكنه ايضا مقصود في نفسه وهو عبادة منفردة (ومنها) من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الاتيان بالباقي (ومنها) من عجز عن بعض غسل الجنابة لزمه الاتيان بما قدر منه لأن تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل أعضاء الوضوء كما يشرع للجنب اذا أراد النوم او الوطء او الأكل ويستطيع (٣) به اللبث في المسجد عندنا ووقع التردد في مسائل آخر .

(منها) المحدث اذا وجد ما يكفي بعض أعضائه ففى وجوب استعماله وجهان ، ومأخذ من لا يراه واجبا إما ان الحدث الأصغر لا يتبع بعض رفعه فلا يحصل به مقصود ، أو أنه يتبع بعض لكنه يبطل بالاخلال بالمواالة فلا يبقى له فائدة ، أو ان غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم (ومنها) اذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر فهل يلزمه اخراجه على روايتين ، ومأخذ عدم الوجوب انه كفارة بالمال فلا يتبع بعض كما لو قدر على التكفير باطعام بعض المساكين والصحيح الوجوب ، والفرق بينه وبين الكفارة من وجهين (احدهما) ان الكفارة بالمال تسقط الى بدل هو الصوم بخلاف الفطرة (والثاني) ان الكفارة لا بد من تكميلها والمقصود ، من التكفير بالمال تحصيل احدى المصالح الثلاث على

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للعبد الذي عتق سيده بعضه ان يسعى في فكاك ما بقي من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم بـسريان عتق باقية تبعاً لعتق بعضه السابق (٣) فيستطيع : د

وجها وهي العتق والاطعام والكسوة ، وبالتفريق يفوت ذلك فلا تبرأ الذمة من الوجوب الا بالاثنيان باحدى النخصال بكاملها او بالصيام وفي الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون اخراج الموجود .

(القاعدة التاسعة)

في العبادات الواقعة على وجه محرم ، ان كان التحريم عائداً الى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح ، وان كان عائداً الى شرطها فان كان على وجه يختص بها فكذلك أيضاً ، وان كان لا يختص بها ففي الصحة روايتان اشهرهما عدمها ، وان عاد الى ما ليس بشرط فيها ففي الصحة وجهان واختار أبو بكر عدم الصحة وخالفه الا كثرون فللاول أمثلة كثيرة :

(منها) صوم يوم العيد فلا يصح بحال على المذهب (ومنها) الصلاة في أوقات النهي (ومنها) الصلاة في مواضع النهي فلا يصح على القول بأن النهي للتحريم وانما يصح على القول بأن النهي للتنزيه . هذه طريقة المحققين وان كان من الاصحاب من يحكي الخلاف في الصحة مع القول بالتحريم (ومنها) صيام أيام التشريق فلا يصح تطوعاً بحال ، والخلاف في صحة صومها فرضاً مبني على ان النهي هل يشمل الفرض أم يختص التطوع وللثاني أمثلة كثيرة :

(منها) الصلاة بالنجاسة وبغير سترة وأشبه ذلك وللثالث أمثلة كثيرة :

(منها) الوضوء بالماء المغصوب (ومنها) الصلاة في الثوب المغصوب والحرير وفي الصحة روايتان ، وعلى رواية عدم الصحة فهل المبطل ارتكاب النهي في شرط العبادة ، ام ترك الاثنيان بالشرط المأمور به . للاصحاب فيه مأخذان ينبني عليهما لو لم يجد الا ثوباً مغصوباً فصلى فيه فان عللنا بارتكاب النهي لم تصح صلاته ، وان عللنا بترك المأمور صحت لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها ، وأما من لم يجد الا ثوب حرير فتصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقين لا باحة لبسه في هذه الحال (ومنها) الصلاة في البقعة المغصوبة وفيها الخلاف وللبطالان مأخذان أيضاً ، أحدهما ان البقعة شرط للصلاة ولهذا لا تصح الصلاة في الأرجوحة ولا على بساط في الهواء . والثاني أن حركات المصلي وسكناته في الدار المغصوبة هو نفس المحرم فالتحريم عائد الى نفس الصلاة وان كان غير مختص بها فهو كاخراج الزكاة والهدى من المال المغصوب وللرابع أمثلة :

(منها) الوضوء من الاناء المحرم (ومنها) صلاة من عليه عمامة غضب أو حرير أو في يده خاتم ذهب وفي ذلك كله وجهان واختيار أبي بكر عدم الصحة ، وأما من عليه ثوبان أحدهما

غصب فقيل هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل بل هو كمن ليس عليه سوى الثوب المنصوب لأن المباح لم يتعين للستر بل الستر حصل بواحد غير معين. وأما الحج بالمال المنصوب ففي صحته روايتان فقيل لأن المال شرط لوجوبه وشرط الوجوب كشرط الصحة ورجح ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع ومنع كون المال شرطاً لوجوبه لأنه يجب على القريب بغير مال وليس بشيء، فانه شرط في حق البعيد خاصة، كما ان المحرم شرط في حق المرأة دون الرجل والله أعلم.

﴿ القاعدة العاشرة ﴾

الألفاظ المتبعة في العبادات والمعاملات .

(منها) ما يعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن لاعجازه بلفظه ومعناه، فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى (ومنها) ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق (ومنها) ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز عنه ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) التكبير والتسبيح والدعاء في الصلاة لا تجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه ، ومع العجز عنه هل يلحق بالقسم الأول فيسقط او بالثاني فيأتي به (١) بلغته، على وجهين (ومنها) خطبة الجمعة لا تصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح وتصح مع العجز (ومنها) لفظ النكاح ينعقد مع العجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم فيه وجهان (ومنها) لفظ اللعان وحكمه حكم لفظ النكاح .

﴿ القاعدة الحادية عشر ﴾

من عليه فرض هل له ان يتنفل قبل أدائه بجنسه ام لا . هذا نوعان :

(احدهما) العبادات المحضة فان كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالاتفاق وقبل قضائها أيضا كقضاء رمضان على الاصح وان كانت مضيقة لم تصح على الصحيح ولذلك صور :

(منها) اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد التنفل [المطلق] حيثئذ على وجهين (ومنها) من عليه صلاة فائتة هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور (ومنها) اذا شرع في التنفل بعد اقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة (ومنها) صوم رمضان لا يصح ان يصوم فيه عن غيره فان فعل لم يصح عن نقله، وهل ينقلب عن فرضه ينبنى على وجوب نية التعيين (ومنها) اذا حج تطوعا قبل حجة الاسلام لم يقع عن

التطوع وانقلبت عن حجة الاسلام على المذهب الصحيح (ومنها) لو حج عن نذره او عن نفل وعليه قضاء حجة فاسدة وقمت عن القضاء دون ما نواه على المذهب أيضاً ، فأما ان تنفل بالحج بعد قضاء حجة الاسلام وقبل الاعتزام او بالعكس فهل يجوز ام لا . قال في التلخيص يبنى على أن النسك هل هو على الفور ام لا ، فان قلنا على الفور لم يحز والا جاز وفيه نظر . وأما الزكاة فقال الأصحاب يصح ان يتنفل بالصدقة قبل أدائها وان كانت على الفور وكذلك نص أحمد في رواية منها فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالي بأيهما يبدأ ، وهذا اذا كان ماله يتسع لها فاما ان لم يتسع فسد كره .

(النوع الثاني) التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة اذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فللمذهب صفة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء ، وحكاة قولاً في المذهب ويمكن تخريبه في المذهب من أصليين .

(أحدهما) ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف او صدقة وأبواه محتاجان ان لها رده واحتج بالحديث المروى في ذلك .

(والثاني) أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون ان الوصية ترد عليهم فتخرج من ذلك ان من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث او دين ليس له وفاء انه يرد ولهذا يباع (١) المدير في الدين خاصة على رواية ، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قال هذا مردود لو كان في حياته لم أجوز له اذا كان له ولد .

(القاعدة الثانية عشر)

للمذهب ان العبادات الواردة على وجوه متعددة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها وان كانت بعضها الفضل من بعض ، لكن هل الأفضل المداومة على نوع منها أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتى ، ظاهر كلام الأصحاب الأول ، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله ، الثاني لأن فيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في تنوعه وقال (٢) ابن عقيل في صلاة الخوف إنها تنوعت بحسب المصالح فتصلي في كل وقت على صفة تكون مناسبة له وهل الأفضل الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع او الاقتصار على واحد منها . هذا فيه نزاع في المذهب

(١) نبيع : نسختا الدار (٢) وقاله : نسختا د

ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) مسح الأذنين المذهب أنه يستحب مسحهما مرة واحدة إمام مع الرأس أو بماء جديد ولا يسن الجمع بينهما وحكى عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضي حران أن الأفضل الجمع بينهما عملاً بالحديثين (ومنها) الاستفتاح فالمذهب أن الأفضل الاستفتاح بسبحانك اللهم مقتصرًا عليه واختار ابن هبيرة أن الجمع بينهما وبين الاستفتاح بوجه وجهي أفضل ، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه يستفتح كذلك ، ولكن ورد في الجمع أحاديث متعددة وفيها ضعف وبتقدير ثبوتها فلا تكون المسألة من هذا القبيل (ومنها) اجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحيلة والحوالة أم لا وكذا في الثوب في الفجر فيه وجهان (ومنها) سنة الجمعة بعدها نقل إبراهيم الحربي عن أحمد رحمه الله أنه قال : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأربع ركعات وضلى هو ركعتين فأيهما فعلت فحسن وإن أردت أن تحتاط صليت ركعتين وأربعا جمعت فعله وأمره وهذا مأخذ غريب لاستحباب الست ، وأما الأصحاب فلم يستندوا إلا إلى ما نقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات (ومنها) ألفاظ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد فانه قد ورد فيها كما صليت على آل إبراهيم وورد كما صليت على إبراهيم فهل يقال الأفضل الجمع بينهما فإن من الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروايتين وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال لم يلغى فيه حديث مستند ثابت بالجمع بينهما ولا يصح أن يجمع بين الروايتين لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة فأحد اللفظين بدل عن الآخر ولا يصح الجمع بين البديل والمبدل كذا قال ، وقد ثبت في صحيح البخاري الجمع بينهما من حديث كعب ابن عجرة وأخرجه النسائي من حديث كعب أيضا ومن حديث أبي طلحة (١).

(القاعدة الثالثة عشر)

إذا وجدنا أثر معلول لعل ووجدنا في عمله علة صالحة له ، ويمكن أن يكون الأثر معلولا لغيرها لكن لا يتحقق وجود غيرها ، فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلة المعلومة أم لا في المسألة خلاف ولهاصور كثيرة قد يقوى في بعضها الاحالة وفي بعضها العدم ، لأن الأصل أن لا علة سوى هذه المتحققة وقد يظهر في بعض المسائل الاحالة عليها فيتوافق الأصل الظاهر ، وقد يظهر الاحالة على غيرها فيختلفان .

(فن صور المسألة) ماذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيرا فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب إحالة للتغير (١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود متغير غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجها آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك (ومنها) ماذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضي خروج المذى منه من تفكر (٢) أو ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللا لم يتيقنه منياً ولم يذكر حلماً فإن المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا غسل عليه إحالة للخارج على السبب المتيقن وهو المقضى لخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد تيقن وجوده وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجوب الغسل (ومنها) لو جرح صيداً جرحاً غير موحٍ (٣) ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه فهل يحل أكله على روايتين أصحهما أنه يحل لحديث عدى بن حاتم والثانية لا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت (٤) ولذلك تسمى مسألة الأسماء والإفناء، وفيه رواية ثالثة أن غاب عنه ليلة لم يحل والاحل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعلل بأن هولاء الليل كثيرة (٥) فكان الظاهر هنا هو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل وهو عدم إصابة غير السم له (ومنها) لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موحٍ ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً فهل يضمه كله أو أرش الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمان أرش الجرح فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة (ومنها) لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موحٍ ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولي فالقول قول الولي مع يمينه ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً إحالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفي المجرد أنه ان مات عقيب الجرح فالقول قول الولي وإن مات بعد مدة يندمل الجرح في مثلها. فإن قامت بيته بأنه لم يزل ضمناً (٦) من الجرح حتى مات فكذلك والافالقول قول الجاني وفيه وجه آخر أن القول قول الولي (ومنها) لو قال لأمته ولها ولد هذا الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة على وجهين (أحدهما) نعم لأننا لا نعلم نسبياً يتحقق به لحوق النسب [هنا] غير ملك اليمين فيحال الحقوق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد في الأمة (والثاني) لا لاحتمال استيلاده قبل ذلك في نكاح أو وطء شبهة (ومنها) لو ادعى رق مجهول النسب فشهدت له بيته أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به على وجهين

(١) للتغير : د (٢) تفكير : د (٣) يقال وحى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سرياً (٤) الأسماء أن ترمى الصيد فتقتله على المكان بعينه قبل أن يغيب عنه، والافناء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه ونجده ميتاً (٥) كثير : د (٦) الضميمة بضم الضاد المرض والضمن بفتحها مع كسر الميم الزمن والمبتلى في جسده .

رجح الشيخ مجد الدين أنها ان شهدت أن أمته ولدته ونحو ذلك مما فيه اضافة الولد الى الامة المضافة اليه حكم له بالولد ، فان (١) لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الامة وأن أمه ملك له لم يحكم له بالولد (ومنها) لو قال رجل : هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجح زوجته على الأخرى على وجهين : أحدهما ترجح لأن زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه . والثاني يتساويان لأن كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعنا تساوتا [ذكره في المغنى] (ومنها) لو باع أمة له من رجل فولدت عند المشتري فادعى البائع أنه ولده فصدقه المشتري أنها تصير أم ولد للبائع وينسخ البيع نص عليه احمد رحمه الله في رواية منها وذكره أبو بكر وذكر ذلك القاضى في خلافه وتأوله على أنه ادعى أنها ولدت في ملكه وصدقه المشتري على ذلك (ومنها) لو ولدت المطلقة الرجعية ولدا لا يمكن الحاقه بالمطلق الا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة ، فهل يلحق به الولد في هذه الحال أم لا على روايتين أحدهما لحوقه لأن الفراش لم يزل بالكلية فاحالة الحمل عليه أولى كاحالة صلب النكاح وعلى هذا فمل يحكم بارتجاعها بلحوق النسب على وجهين : اصحهما وهو المنصوص أنها [تصير] مرتجة بذلك وينبنى على ذلك مسألة مشكلة في تعليق الطلاق بالولادة ذكرها صاحب المحرر فيه واما شكل توجيهاها (٢) على الاصحاب فقد أفردنا لها جزءا (ومنها) أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم اذا كان ثم سبب ظاهر يحال الاخذ عليه ولا يجوز اذا كان السبب خفياً ، هذا هو ظاهر المذهب فيباح للمرأة ان تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذ إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفى فانه ينسب بالأخذ إلى الخيانة (ومنها) لو قال في مرضه إن مت من مرضى هذا فسال حر وإن برئت منه فغانم حر ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برى منه فقيه ثلاثة أوجه (أحدها) يعتق سالم لأن الاصل دوام المرض وعدم البرء ولأننا قد تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككتنا في حدوث سبب آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم (والثاني) يعتق أحدهما بالقرعة لأن أحد الشرطين وجد ظاهرا وجعل عينه (والثالث) لا يعتق، واحد منهما لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره فلم يمت من مرضه ولم يبرأ منه فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين (ومنها) لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها وتنازعا هل عليها الزوج فبرىء من الصداق ام لا فأيهما

(١) وإن : د (٢) وأشكل توجيها : د

يقبل قوله . فيه وجهان وخرج عليهما الشيخ تقي الدين رحمه الله مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج او منها (ومنها) لو ادعى صاحب الزرع ان غنم فلان نفشت فيه ليلا ووجد في الزرع أثر غنمه . قضى بالضمان على صاحب الغنم نص عليه في رواية ابن منصور وجعل الشيخ تقي الدين هذا واشباهه من القيافة في الاموال وجعلها معتبرة كالقيافة في الانساب ويتخرج فيه وجه آخر انه لا يكتفى بذلك (ومنها) لو تزوج بكرا فادعت انه عنين فكذبها ودعى انه اصابها وظهرت ثيبا فادعت (١) ان ثوبتها بسبب آخر فالقول قول الزوج ، ذكره الاصحاب ويتخرج فيه وجه آخر من المسائل المتقدمة (ومنها) اللوث في القسامة (٢) ومسائله معروفة .

(القاعدة الرابعة عشر)

اذا وجد سبب ايجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عينه منهما، فهل يلحق الحكم بكل منهما أولا يلحق بواحد منهما شيء في المسألة خلاف ولها صور :

(احداها) اذا وجد اثنان منيا في ثوب ينمان فيه أو سمعا صوتا خارجا ولم يعلم من ايهما هو ففي المسألة روايتان (احداها) لا يلزم واحدا منهما غسل ولا وضوء نظرا الى ان كل واحد منهما متيقن للطهارة شاك في الحدث (والثانية) يلزمهما الغسل والوضوء لان الاصل زال يقينا في احدهما فتعذر البقاء عليه وتعين الاحتياط ولم يلتفت الى النظر في كل واحد بمفرده كثوين او انا من نجس أحدهما .

(الصورة الثانية) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق، وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأتى طالق وغاب ولم يعلم ماهو . ففيها وجهان : أحدهما ما قال القاضي في المجرد وأبو الخطاب وغيرهما يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثاني وهو اختيار الشيرازي في الايضاح وابن عقيل انه تخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضي في الجامع هو قياس المذهب لان واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان لرجل واحد وذكر بعض الاصحاب احتمالا يقتضي وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الاولى وقد أوماً اليه أحمد في رواية

(١) وادعت: د(٢) اللوث في القسامة : أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت ان

فلانا قتلنا أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو ذلك .

صالح ، وحكى له قول الشعبي في رجل قال لأخراذك لحسود فقال له الآخر أحسدنا امرأته طالق ثلاثا فقال الآخر نعم ، قال الشعبي حنتما وخسرتما وبانت منكأمرأتا كما جميعا وحكى له قول الحارث أدبينهما وأمرهما بتقوى الله عز وجل وأقول أنتما أعلم بما حلفتما عليه ، فقال أحمد هذا شيء لا يدرك ألقاهما في التهلكة فانكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق فهما . هذا هو الظاهر ذكره الشيخ تقي الدين وقال هو بناء على أنه حلف على ما لم يعلم صحته أو مالا تدرك صحته فيحنت كقول مالك . ويدل عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال أنت طالق إن شاء الله بأن مشيئة الله لا تدرك وهذا القول فيه بعد لأن إيقاع طلاقهما يفضي الى ان يباح للأزواج من هى في زوجية الغير باطنا ، وفي إجبارهما على تجديد الطلاق إجبار للانسان على قطع ملكه بغير حق وهو ضرر بخلاف إيجاب الطهارة عليهما فإنه لا ضرر فيه ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله ونقل حرب عن أحمد رحمه الله انه ذكر هذه المسألة فتوقف فيها وقال أحب الى أن لا أقول فيها شيئا وتوقف عنها (الصورة الثالثة) قال أحدهما ان كان غرابا فأمتى حرة وقال الآخر ان لم يكن غرابا فأمتى حرة وفيها الوجهان المذكوران في الطلاق ، وقياس المنصوص هاهنا أن يكف كل واحد عن وطئ أمته حتى يتيقن فان اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين لاجتماعهما في ملكه واحداهما عتيقة كما قلنا لا يصح أن يأتى أحدهما بالآخر في الصورة الأولى لأن أحدهما محدث يقينا فينظر اليهما مجتمعين في حكم يتعلق باجتماعهما .

وليس من هذه القاعدة اذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر وأنت بولد وضاع نسبه لفقد القافة او غير ذلك وأرضعت أمه ببلبه ولدا آخر فانه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح لأنه لم يتعين أن يكون الولد لواحد منهما بل يجوز عندنا ان يكون لهما فليس مما نحن فيه .

(القاعدة الخامسة عشر)

اذا استصحبا أصلا واعملنا ظاهرا في طهارة شيء أو حله أو حرمة وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه او ترك العمل بظاهر آخر يجب اعماله لم يلتفت الى ذلك اللازم على الصحيح ، ولذلك صور :

(منها) اذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللا وقلنا لا يلزمه الغسل على ما سبق فيما اذا تقدم منه سبب المذى فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث نقول انما سقط عنه الغسل لحكمنا بأن البلل مذى بل نقول في ثوبه الاصل طهارته فلا ينجس بالشك ، والاصل طهارة بدنه فلا يلزمه الغسل بالشك فيبقى في كل منهما على أصله ، ذكره ابن عقيل في فتونه عن الشريف أبي جعفر وينبغي على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال في ذلك الثوب قبل غسله لأننا نتيقن وجود المفسد للصلاة لاحالة

(ومنها) اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة او بعدها وقلنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا إعادة الصلاة لأن الاصل وجوب غسل الرجلين والاصل بقاء الصلاة في الذمة (ومنها) اذارمى حيوانا ما كولا بسهم ولم يوحه فوقه في ماء يسير فوجده ميتا فيه فان الحيوان لا يباح خشية ان يكون الماء أعان على قتله والاصل تحريمه حتى يتيقن وجود السبب المبيح له ولا يازم من ذلك نجاسة الماء أيضا لحكمنا على الصيد بأنه ميتة ، بل يستصحب في الماء اصل الطهارة فلا ينجسه بالشك ذكره ابن عقيل في فصوله (ومنها) لو قال لامرأته في غضب اعتدى وظهرت منه قرائن تدل على ارادته التعريض بالقذف أو فسرته بالقذف فانه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب وهل يحمد معها ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين (أحدهما) وبه جزم في عمدة الأدلة انه يحمد ، لأنهما حقان عليه فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما (والثاني) لا يحمد لأنه لو كان قذفا لم يكن طلاقا لتنافيهما ومن هذه القاعدة الأحكام التي يثبت بعضها دون بعض كارت الذي أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله والحكم بالحق النسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك فيها من بلوغ أحد أبويه واستقرار المهر أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد أو ثبوت الوصية له أو الميراث وهي مسائل كثيرة .

{ القاعدة السادسة عشر }

اذا كان الواجب بدلا (١) فتعذر الوصول الى الأصل حالة الوجوب ، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقا مستقرا بحيث لا يعود الى الأصل عند وجوده للسائلة صور عديدة :

(منها) هدى المتعة اذا عدمه ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع فيه ، فهل يجب

عليه الانتقال أم لا يبنى على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلا لا بدلا وعلى هذا فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجزئه لأنه الأصل في الجملة وإنما سقط رخصة ، وحكى القاضى فى شرح المذهب عن ابن حامد أنه لا يجزئه (ومنها) كفارة الظهار واليمين ونحوهما والحكم فيهما كهدى المتعة (ومنها) اذا ألتف شيئا له مثل وتعذر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا (١) وجد الماء قبل الصلاة ، وينبغى أن يحمل كلامهم على ما اذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إمام أن عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف ، وأما التيمم فلا يشبه ما نحن فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل ووجب استعمال الماء بنص الشارع وهاهنا لو أدى القيمة لبرىء ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده ، وقال فى التلخيص على الأظهر وهو يشعر بخلاف فيه (ومنها) لو جعل الإمام لمن دله على حصن جارية من أهله فأسلمت بعد الفتح أو قبله وكانت أمة فانه يجب له قيمتها اذا كان كافرا لأنه تعذر تسليم عينها اليه فوجب له البدل فان أسلم بعد اسلامها ، فهل يعود حقه الى عينها فيه ، لأصحابنا وجهان : أحدهما لا يعود لأن حقه استقر فى القيمة فلا ينتقل الى غيرها والثانى بلى لأنه إنما انتقل الى القيمة لما منع وقد زال فيعود حقه اليها (ومنها) لو أصدقها شجرا فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعينت له القيمة فان قال أنا أرجع فى نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تجدى ثمرك (٢) ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضى وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذى ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد اليها الا بتراضيهما (والثانى) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو جدها ناقصة فرضى بها فعلى هذا الحق باق فى العين لبقائها فى ملكها وكذلك ذكر القاضى فى موضع من المجرد أنه اذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل لما كان أن للزوج الرجوع فى نصفه (ومنها) لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لعب . قال الأصحاب : ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب فى القيمة ولم تكن العين [حينئذ] فى ملكها ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتى قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل فى ملكه قهرا كالميراث فان قلنا يدخل قهرا عاد حقه الى العين بعودها اليها ولا يقال هذا عاد اليها ملكا جديدا فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد ، لأنهم

قالوا لو عاد اليها قبل الطلاق لرجع فيه بغير خلاف لأن حقه فيه ثابت بالقرآن . وفي شرح الهداية لأبي البركات ما يدل على عكس ما ذكرنا وهو إنا ان قلنا يدخل نصف المهر في ملك الزوج قهرا فليس له العود الى عينه بحال نظرا الى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين فيملك نصف القيمة قهرا حيثئذ ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك (ومنها) لو اشترى عينا ورهنها أو تعلق بها حق شفعة أو جنابة ثم أفلس ثم أسقط المرتهن أو الشفيع أو المجنى عليه حقه فالبائع أحق بها من الغرماء لزوال المزاومة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، ذكره أبو البركات في شرحه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء .

(القاعدة السابعة عشر)

إذا تقابل عملان أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة ، فأيهما يرجح . ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة ولذلك صور .

(أحدها) إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد فالمشهور أن الكثرة أفضل ، وحكى عن أحمد رواية أخرى بالعكس وحكى عنه رواية ثالثة بالتسوية (والثانية) أهدى (١) بدنة مميعة بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل قال ابن منصور قلت لأحمد بدنتان سميتان بتسعة وبدنة بعشرة قال ثنتان أعجب الى . ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السميعة ، وفي سنن أبي داود حديث يدل عليه (والثالثة) رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سوراً عديدة سرداً . قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قتياب وسئل أيما أحب اليك الترسل أو الاسراع ، قال : أليس قد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة ؟ قالوا له : في السرعة ؟ قال : إذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء ، وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التدبر ، ونقل عنه جرب انه كره السرعة الا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسل ، وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبين الحروف ، نقل عنه مثنى بن جامع في رجل أكل فشبع وأكثر الصلاة والصيام ورجل أقل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فكرة (٢) أيهما أفضل فذكر ما جاء في الفكر : تفكر ساعة خير من قيام ليلة قال فرأيت هذا عنده أكثر يعني الفكر ، وهذا يدل على تفضيل قراءة الفكر على السرعة ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين وهو المنصوص صريحاً عن الصحابة والتابعين (والرابعة) رجلان أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشرت

بها وتنعمت وبادرت إليها طوعية ومحبة ، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرها عليها أيهما أفضل قال الخلال كتب الى يوسف بن عبد الله الاسكافي حدثنا الحسن بن علي بن الحسن انه سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجهه بر فيحمل نفسه على الكراهة وآخر يشرع له فيسر بذلك ، فأيهما أفضل قال ألم تسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من تعلم القرآن وهو كبير يشق عليه فله أجران ، وهذا ظاهر في ترجيح المكروه نفسه لأن له عملين جهاداً وطاعة أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من أصحاب أبي سليمان الداراني ، وعند الجنيد وجماعة من عباد البصرة أن الباذل لذلك طوعاً ومحبة أفضل وهو اختيار الشيخ تقي الدين لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمال متعددة ولأنه من أرباب المنازل والمقامات والآخر من أرباب السلوك والبدايات ، فمثلهما كمثله رجل (١) مقيم بمكة يشتغل بالطواف والآخر يقطع المفاوز والقفار في السير الى مكة فعمله أشق والأول أفضل والله أعلم (والخامسة) تعارض عتق رقبة نفيسة بمال وعتق رقاب متعددة بذلك المال ، قال القاضي وابن عقيل الرقاب أفضل وفيه أيضاً نظرو قد كان طائفة من السلف كابن عمر والريبع بن خثيم يستحبون الصدقة بما يشتهون من الأطعمة. وإن كان المسكين ينتفع بقيمته أكثر ، عملاً بقوله (لن تنالوا البر حتى تنفقوا بما تحبون) وهذا في العتق أولى مع قول النبي صلى الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنها) والله أعلم

(القاعدة الثامنة عشر)

إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست احدهما [مفعولة] على جهة القضاء ولا على طريق التبعية للآخرى في الوقت تداخلت أفعالهما ، واكتفى فيهما بفعل واحد وهو على ضربين :

(أحدهما) أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان [جميعاً] يشترط أن ينويهما جميعاً (٢) على المشهور ومن أمثلة ذلك من عليه حدثان أصغر وأكبر فالمذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى إذا نوى الطهارتين [جميعاً] بها وعنه لا يجزئه عن الأصغر حتى يأتي بالوضوء واختار أبو بكر أنه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والموالة وإلا فلا ، وجزم به صاحب المبهج ولو كان عادماً للماء فقيم تيمماً واحداً ينوي به الحدثين أجزاءه عنهما بغير خلاف

(١) رجلين أحدهما مقيم د (٢) معاً د :

ونص عليه أحد في رواية منها (ومنها) القارن إذا نوى الحج والعمرة كفاه لها طواف واحد وسعى واحد على المذهب الصحيح وعنه لا بد من طوافين وسعين كالمفرد ، والقاضى وأبو الخطاب في خلافهما حكيا هذه الرواية على وجه آخر ، وهو أنه لا تجزئه العمرة الداخلة في ضمن الحج عن عمرة الاسلام بل عليه أن يأتى بعمرة مفردة باحرام مفرد لها (ومنها) إذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حج حجة الاسلام فهل يجزئه عن فرضه ونذره على روايتين . (احدهما) يجزئه عنهما نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ونقله عن ابن عباس وهى اختيار أبي حفص (والثانية) لا يجزئه نقلها ابن منصور وعبد الله وهى المشهورة . وقد حمل بعض الأصحاب كأبى الحسين فى التمام الرواية الأولى على صحة وقوع النذر قبل الفرض وفرضهما فيما إذا نوى النذر انه يجزئه عنه وتبقى عليه حجة الاسلام ولا يصح ذلك (ومنها) إذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان فقدم فى أول رمضان ، هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره على روايتين أشهرهما عند الأصحاب لا يجزئه عنهما والثانية يجزئه عنهما نقلها المروذى وصرح بها الخرقى فى كتابه وحملها المتأخرون على أن نذره لم ينعقد لمصادفته رمضان ولا يخفى فساد هذا التأويل وعلى رواية الاجزاء فقال صاحب المغنى لا بد أن ينويه عن فرضه ونذره وقال الشيخ محمد الدين لا يحتاج الى نية النذر، قال وهو ظاهر كلام الخرقى واحد لأننا نقدره كأنه نذر هذا القدر منجزاً عند القدوم فجعله كالناذر لصوم رمضان لجهة الفرضية وفيه بعد، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما فانه يخرج على مسألة الحج ، ذكره ابن الزاغونى وغيره (ومنها) لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول، فهل تجب فيه الزكاة على وجهين ، وعلى القول بالوجوب فهل تجزيه الصدقة عن النذر والزكاة إذا نواهما على وجهين واختيار صاحب المغنى الاجزاء وخالفه صاحب شرح الهداية (ومنها) لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً ينوى به الزيارة والوداع ، فقال الخرقى فى شرح المختصر وصاحب المغنى فى كتاب الصلاة يجزئه عنهما . ويتخرج فيه خلاف من المسألة التى بعدها (ومنها) لو أدرك الامام راكعاً فكبر [تكبيرة ينوى بها] تكبير الاحرام والركوع فهل يجزئه على وجهين حكاهما أبو الخطاب وغيره واختار [القاضى] عدم الاجزاء للتشريك بين الركن وغيره وأخذ من نص أحمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس فقال [الحمد لله] (١) ربنا ولك الحمد ينوى به الواجب وسنة الحمد للعاطس أن لا يجزئه ، واختار ابن شاقلا الاجزاء وشبهه بمن أخرج فى الفطرة أكثر من صاع

ولا يصح هذا التشبيه . ومن الأصحاب من قال إن قلنا تكبيرة الركوع سنة أجزأته (١) وحصلت السنة بالنية تبعاً للواجب ، وإن قلنا واجبة لم يصح التشريك وفيه ضعف . وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزئ في حال القيام خلاف ما يقوله المتأخرون .

(والضرب الثاني) أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها ، وتسقط عنه الأخرى ولذلك أمثلة :

(منها) إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم، سقطت عنه التحية (ومنها) لو سمع سجدة معاً ، فهل يسجد سجدة أم يكتفى بواحدة ، المنصوص في رواية البرزاطي أنه يسجد سجدة ، ويتخرج أنه يكتفى بواحدة ، وقد خرج الأصحاب بالاكْتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجهاً فهذا أولى (ومنها) إذا قدم المعتبر مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم ، وقياسه إذا أحرم بالحج من مكة ثم قدم [يوم] النحر أنه يجزئه طواف الزيارة عنه والمنصوص ما هنا أنه يطوف قبله للقدوم، وخالف فيه صاحب المغنى وهو الأصح (ومنها) إذا صلى عقيب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف على روايتين، قال أبو بكر الأقيس إنها لا تسقط، ونقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله يجزئه ليس هما واجبتين، ونقل الأثرم عنه أرجو أن يجزئه وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض ركعتا الطواف فيكون من الضرب الأول. لكن لا يعتبر هنا نية ركعتي الطواف . ويشبه هذه الرواية التي حكها أبو حفص البرمكي عن أحمد في الجنب إذا اغتسل بنوى الجنابة وحدها أنه يرتفع حدثه الأصغر تبعاً وهي اختيار الشيخ تقي الدين . وقد يقال المقصود أن يقع عقيب (٢) الطواف صلاة كما أن المقصود أن يقع قبل الأحرام صلاة فأى صلاة وجدت حصلت المقصود (ومنها) لو أخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه فطاف فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا على روايتين [ونص في رواية ابن القاسم على سقوطه (ومنها) إذا أدرك الإمام ركعة فكأنه كبر للأحرام فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع على روايتين] أيضاً والمنصوص عنه الأجزاء . وهل يشترط أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح أم لا على روايتين نقلهما عنه ابن منصور أحدهما لا يشترط بل يكفي أن يكبر بنية الصلاة وإن لم يستحضر بقلبه أنها تكبيرة الأحرام كما لو أدرك الإمام في القيام . والثانية لا بد أن ينوي بها الافتتاح لأنه قد اجتمع هنا تكبيرتان فوق الاشتراك فاحتاجت تكبيرة الأحرام إلى نية تميزها بخلاف حال القيام فإنه لم يقع فيه اشتراك (ومنها) إذا اجتمع في يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولاً في الفعل سقط به الثاني ولم يجب حضوره مع الإمام . وفي سقوطه عن الإمام روايتان . وعلى رواية عدم السقوط فيجب أن يحضر معه من تعتقد به تلك

(١) أجزأه : د (٢) عقب : د .

الصلاة ذكره صاحب التلخيص وغيره فقصر الجمعة هنا فرض كفاية تسقط بحضور أربعين (ومنها) اذا اجتمع عقيقة وأضحية فهل تجزى. الأضحية عن العقيقة أم لا. على روايتين منصوصتين. وفي معناه لو اجتمع هدى وأضحية واختار الشيخ تقي الدين انه لا تضحية بمكة وإنما هو الهدى (ومنها). اجتماع الأسباب التي يجب بها الكفارات وتتداخل في الايمان والحج والصيام والظهار وغيرها. فاذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منهما ميعن اجزأه وسقطت سائر الكفارات وان كان مبهما. فان كانت من جنس واحد أجزاء أيضا وجها واحداً عند صاحب المحرر. وعند صاحب الترغيب ان فيه وجهين. وان كانت من جنسين فوجهان في اعتبار نية التعمين وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس او جنسين موجهما واحد فيتداخل موجهما بالنية أيضا بغير (١) اشكال وان نوى أحدهما فالمشهور أنه يرتفع الجميع ويتنزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات أو على ان الحكم الواحد يعمل بعمل مستقلة، واذا نوى رفع حدث البعض فقد نوى واجبه وهو واحد لا تعدد فيه. وعن أبي بكر لا يرتفع الا مانواه قال في كتاب المقنع اذا أجنبت المرأة ثم حاضت يكون الغسل الواحد لهما جميعا اذا نوتهما به. ويتنزل هذا على أنه لا يعمل الحكم الواحد بعلمتين مستقلتين بل اذا اجتمعت أسباب موجبة تعددت الاحكام الواجبة بتعدد أسبابها ولم تتداخل وان كانت جنساً واحدا ورجع صاحب المحرر قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض لانهما مختلفا. الاحكام اذا المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة لانهما مختلفا الاجناس بخلاف غيرهما فهما كالجنسين وغيرهما كالجنس الواحد. ومن الأصحاب من قال ان نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة الدخول موانعها فيه ولا عكس.

(القاعدة التاسعة عشر)

امكان الاداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشرع في الذمة على ظاهر المذهب ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) الطهارة فاذا وصل عادم الماء الى الماء وقد ضاق الوقت فعليه ان يتطهر ويصلي بعد الوقت ذكره صاحب المغنى. وخالفه صاحب المحرر وقال يصلي بالتيمم وهو ظاهر كلام احمد في رواية صالح (ومنها) الصلاة فاذا طرأ على المكلف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء في المشهور. وقال ابن بطة وابن أبي موسى لا قضاء [عليه] (ومنها) الزكاة فاذا

تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور الا المعشرات اذا تلفت بأفة سماوية لكونها لم تدخل تحت يده فهي كالدين التاوى قبل قبضه وخرج الشيرازى وغيره وجها بالسقوط مطلقاً (ومنها) الصيام فاذا بلغ الصبي مفطراً فى أثناء يوم من رمضان او أسلم فيه كافر أو ظهرت حائض لزمهم القضاء فى أصح الروايتين (ومنها) الحج فلا يشترط لثبوته (١) فى الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين وانما يشترط للزوم أدائه بنفسه . وأما قضاء العبادات فاعتبر الأصحاب له امكان الاداء فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله انه لا يطعم عنه وان مات بعد زواله والتمكن من القضاء اطعم عنه . واما [قضاء] المنذورات ففى اشتراط من الاداء وجهان فلو نذر صياماً أو حجاً ثم مات قبل التمكن منه فهل يقضى [عنه] على الوجهين وعلى القول بالقضاء فهل يقضى الصيام الفائت بالمرض خاصة او الفائت بالمرض والموت أيضاً على وجهين .

(القاعدة العشرون)

النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء ، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح . ويظهر اثر ذلك فى مسائل :

(منها) لو كان عنده دون نصاب فأكمل نصاباً بنتاجه فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان التاج من غيره او من حين ملك الامهات لأن التاج جزء من الامهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . فى المسألة روايتان . ولو كان له مائة وخمسون درهماً فاتجر بها حتى صارت مائتين فحولها من حين كمل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين (ومنها) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يحجزه . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يحجز (٢) لاستقلاله بنفسه فى الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز (٣) لتبعيته للنصاب فى الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية او ربح تجارة فيجوز فى الأول دون الثانى من المسألة التى قبلها (ومنها) لو اشترى شيئاً فاشتغله ونما عنده ثم رده ببيع فان كان نماءه كسباً لم يردده معه

قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وان كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمرة الشجر فهل يردده معه فيه روايتان معروفتان (ومنها) لو قارض المريض فى مرض الموت

(١) لثبوت وجوبه : د (٢) فلا يحجزى : د

وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح ولم يحتسب من الثلث ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل فوجهان أشهرهما أنه يعتبر من الثلث لحدوث الثمر من عين ملكه (ومنها) لو فسخ العامل (١) المضاربة قبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً، ولو فسخ المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجره المثل لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ (ومنها) أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كان المشاركة فيما ينمو من العمل كالربح جازاً للمضاربة، وكن دفع دابته (٢) أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه فإنه يجوز على الأصح وإن كانت المشاركة فيما يحدث عين المال كدر الحيوان ونسله فقيروا بآبائهم. وكثير من الأصحاب يختار فيه المنع لأن العامل لا يثبت حقه في أصل عين المال والمتولد من العين حكمه حكمها ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزرع بجزء منه أو على نسج الثوب ببعضه. وذلك منصوص عن أحمد أيضاً. واستثنى من ذلك أبو الخطاب في اتصاره ثمر الشجر فإذا عمل الشريك في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمره جاز [عنده] وفرق بين الثمر وغيره بما يتولد من عين المال بأن للعمل تأثيراً في حصول الثمر بخلاف غيره. ولهذا المعنى جازت المساقاة فأما الإجارة المحضنة فيجوز فيما ينتفع باستغلاله وإجارته من العقار وغيره. ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه إلا فيما استثنى من ذلك للحاجة كالظفر ونحوها. وعند تقري الدين رحمه الله أن الأعيان التي تختلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع فيجوز استيفؤها بعقد الإجارة كما يستوفى بالوقف والوصية.

(القاعدة الحادية والعشرون)

وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام. ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجذر أو كالسب والظاهر أنه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمه الموقوفة ولدا فهل يكون ملكاً للوقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وقفاً معها على وجهين أشهرهما أنه وقف معها لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة (ومنها) لو ولدت الموصى بمنافعها فإن قلنا الولد كسب فكله لصاحب المنفعة وإن قلنا هو جزء فقيه وجهان أحدهما: أنه بمنزلة لها. والثاني: أنه لا ورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع (ومنها) هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة فإن قلنا

هو جزء منها تبعها. وان قلنا هو كسب ففيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة.

(القاعدة الثانية والعشرون)

العين المنغمرة في غيرها اذا لم يظهر أثرها فهل هي كالمعدومة حكما اولا . فيه خلاف وينبنى عليه مسائل:
(منها) الماء الذي استهلك فيه النجاسة فان كان كثيرا سقط حكمها بغير خلاف ، وان كان يسيرا فروايتان ثم من الاصحاب من يقول إنما (١) سقط حكمها والا فهي موجودة ومنهم من يقول بل الماء أحالها لأن له قوة الاحالة فلم يبق لها وجود بل الموجود غيرها فهو عين طاهرة وهي طريقة أبي الخطاب (ومنها) اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه هل يثبت به تحريم الرضاع فيه وجهان أحدهما وهو المحكى عن القاضي انه يثبت . والثاني لا واختاره صاحب المغنى وعلى الأول فانما يحرم إذا شرب الماء كله ولو في دفعات ويكون رضة واحدة ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو خلط خمرًا بماء واستهلك فيه ثم شر به لم يحسد هذا هو المشهور، وسواء قيل بنجاسة الماء اولا . وفي التنبيه لأبي بكر عبد العزيز من لت بالخمر سويفا او صبها في لبن او ماء جار ثم شر بها فعليه الحد ، ولم يفرق بين ان يستهلك اولا يستهلك (ومنها) لو خلط زيت به زيت غيره على وجه لا يتميز فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أى موضع كان أو هو اشتراك . في المسألة روايتان المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث انه اشتراك واختاره ابن حامد والقاضي في خلافه واختار في المجرى انه استهلاك . واما ان كان المختلط غصبا فقال في رواية أبي طالب هذا قد اختلط أوله وآخره أعجب الى ان يتنزه عنه كله يتصدق به وانكر قول من قال يخرج منه قدر ما خالطه . واختار ابن عقيل في فتونه التحريم لامتزاج الحلال بالحرام واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا فليس له اخراج قدر الحرام منه بدون اذن المنصوب منه لانها قسمة فلا يجوز بدون رضا الشريكين . لكن لأصحابنا وجه في المسكيل والموزون المشترك أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر وهو اختيار أبي الخطاب ونص عليه أحمد في الدراهم ، ومنعه القاضي لكنه قال في خلافه ان كان الحق في القدر المختلط لأدمى معين لم تجز القسمة بدون اذنه وان كان لغير معين كالذى انقطع خبر مالكة ووجب التصديق به ، فللمالك الاستبداد بالقسمة لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة، وهذا كله بناء على أنه اشتراك . وعن احمد رحمه الله رواية أخرى انه استهلاك قال في رواية المروزي يخرج العوض منه وهذا يحتمل انه أراد [أن] يخرج بدله عوضا منه وكذا ساقه

المروذى فى كتاب الورع له ان احمـد قال يعطى العوض ولم يقل منه وان كان اراد انه يخرج
العوض من نفس المختلط فهو بناء على أنه شركة وان له الاستبداد بقسمة ذلك (ومنها) لو وصى
له برطل من زيت معين ثم خلطه بزيت [آخر] فان قلنا هو اشتراك لم تبطل الوصية وإن قلنا هو استهلاك
بطلت (ومنها) لو حلف لا يأكل شيئا فاستهلك فى غيره ثم أكـله قال الأصحاب لا يحنث ولم يخرجوا
فيه خلافا لأنه مبنى (١) على العرف ولم يقصد الامتناع من مثل ذلك وقد يخرج فيه وجه بالحنث وقد
أشار إليه أبو الخطاب كما سـنذكره، وهذا كله فى المائعات والادقة (٢) ونحوها مما يختلط ببعض أجزائه
ببعض ، فأما الحبوب والدرام ونحوها فمن الأصحاب من قال حكمها حكم المائعات فيما سبق وفرعوا
على ذلك مسائل :

[منها] لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تتميز فهل يفسخ البيع على
وجهين اختار القاضى فى خلافه الانفساخ وفى المجرى عدمه (ومنها) لو حلف لا يأكل حنطة
فأكل شعيرا فيه حبات حنطة ففى حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب وغلطه صاحب الترغيب
وقال يحنث بلا خلاف لأن الحب متميز لم يستهلك بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكـت
فانه لا يحنث (ومنها) لو اختلطت دراهمه بدرام معصوبة فالمنصوص عن احمد فى رواية المروذى إن
كانت الدراهم قليلة كشـلاثة فيها درهم حرام وجب التوقف عنها حتى يعلم وإن كانت كثيرة كشـلـثـين
فيها درهم حرام فانه يخرج منها درهما [واحدا] ويتصرف فى الباقي وله نصوص كثيرة فى هذا
المعنى وعـلل بأن الكثير يجحف بماله إخراجـه وأنكر على من قال يخرج هذا قدر الحرم من القليل
كالثلاثة إنكارا [شديدا] وأما القاضى فتأول كلامه على الاستحباب لأنه كلما كثر الحلال بعد
تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل . قال والواجب فى الجميع إخراج قدر
الحرام ، وكذلك (٣) ذكر ابن عقيل [فى فصوله] (٤) وخالف فى الفنون وقال يحرم الجميع (ومنها) لو
خلط الوديفة وهى دراهم بماله ولم تتميز فالمشهور الضمان لعدوانه حيث فوت تحصيلها (٥)
وعنه رواية أخرى لا ضمان عليه لأن النقود لا يتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان
خلطها [مع ماله] أحفظ لها وعلى هذه الرواية فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جمل
التالف كله من ماله وجعل الباقي من الوديفة نص عليه لأن هذه الأصل أمانة (٦) بقاؤها ووجوب
تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك ولـهـذا قلنا لو مات وعنده وديعة وجهل بقاؤها انها تكون دينا على التركة

(١) لأن مبنى الإيمان : د (٢) يريد بالادقة المدقوقات (٣) ولذلك (٤) تقطيع بالأصل

(٥) تخليصا : د (٦) أمانة الأصل : د

وتأول القاضى وابن عقيل كلام احمد رحمه الله فى الضمان هنا على أن الخلط كان عدوانا وهذا يدل على أنه لا ضمان عندهما الا مع التعدى ولو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع فى ظاهر كلام احمد ذكره ابو البركات ابن تيمية فى شرح الهداية وقد تقدم ان القاضى ذكر فى الخلاف انهما يصيران شريكين قال ابو البركات ولا يبعد على هذا ان يكون الهالك منهما وذكر القاضى أيضا فى بعض تعاليقه فيمن معه دينار أمانة لغيره فسقط منه مع دينار له فى رضى فدارت عليهما حتى نقصا وكان نقص احدهما أكثر من نقص الآخر ولم يدر ايهما له انه يحتاط فيدفع الى صاحب الأمانة ما يتقلب على ظنه أنه قدر حقه فان ادعى ان الثقيل له فالقول قوله فى الظاهر لأن يده عليه والله اعلم .

{ القاعدة الثالثة والعشرون }

من حرم عليه الامتناع من بدل شئ. مثله فامتنع فهل يسقط اذنه بالكلية أو يعتبر ويحجره الحاكم عليه هذا نوعان :

(احدهما) أن يكون المطلوب منه إذنا مجردا ويندرج تحته صور :

(منها) وضع الخشب على جدار جاره اذا لم يضر به وقد نص أحمد على عدم اعتبار اذنه فى ذلك وفى التلخيص أنه يجبر عليه إن أباه (ومنها) حج الزوجة الفرض ونص أحمد فى رواية صالح على أنها لا تجب الا باذنه وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الاذن لها ونقل ابن ابي موسى عن أحمد أن استئذنها له مستحب ليس بواجب (ومنها) اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على اذن السيد ، حكى الأصحاب فيه روايتين : إحداهما لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد . والثانية تجب بدون اذنه ويستحب له استئذنه فان أذن له والا خالفه وذهب (ومنها) أخذ فاضل الكلاء والماء من أرضه هل يقف جواز الدخول الى الأرض على اذنه أم يجوز بدون اذنه على وجهين ونص أحمد على جواز الرعى فى الأرض المغصوبة يدل على عدم اعتبار الاذن فى ذلك ومن الأصحاب من قال الخلاف فى غير المحوط [فاما المحوط] فلا يجوز دخوله بغير اذن بغير خلاف قال ومتى تعذر الاستئذان لغية المالك أو غيرها أو استأذن فلم يأذن سقط اذنه كما فى الولى فى النكاح ونقل مثنى الأنبارى عن احمد ما يشعر بالفرق بين الدخول للماء والكلاء فيتعين الاستئذان للدخول للكلاء دون الماء (ومنها) بذل الضيافة الواجبة اذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر اذنه فى أصح الروايتين نقلها على بن سعيد عن أحمد ونقل عنه حنبل لا يأخذ الا بعلمهم ويطلبهم

بقدر حقه (ومنها) نفقة الزوجة الواجبة (ومنها) الطعام الذى يضطر اليه غيره فانه يلزمه بذله له بقيمته فان أبى فليضطر أخذه قهراً وانما سقط اعتبار الاذن في هذه الصور لأن اعتبارهم يؤدى الى مشقة وحرج وربما أدى الى فوات الحق بالكلية

(النوع الثانى) أن يكون المطلوب منه تصرفاً لعقد أو فسخ أو غيرهما ويندرج تحته صور :

(منها) اذا طلب منه القسمة التى تلزمه الاجابة اليها والاصحاب يقولون يجبر على ذلك

فان كان المشترك مثلياً وهو المكيل والموزون وامتنع أحد الشريكين من الاذن فى القسمة أو غاب فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون اذن الحاكم على وجهين (احدهما) الجواز وهو قول ابي الخطاب (والثانى) المنع وهو قول القاضى لأن القسمة مختلف فى كونها بيعاً واذن

الحاكم يرفع النزاع (ومنها) اذا امتنع من بيع الرهن فان الحاكم يجبره عليه ويحبسه فان أصر باع عليه ومن الاصحاب من يقول الحاكم بخير ان شاء أجبره على البيع وان شاء باع عليه وهو المجرى به فى المغنى (ومنها) اذا امتنع من الاتفاق على بهائمه فانه يجبر على الاتفاق أو

البيع كذا أطلقه كثير من الاصحاب، وقال ابن الزاغونى ان أبى باع الحاكم عليه (ومنها) المولى اذا وقف ثم امتنع من الفية (١) فانه يؤمر بالطلاق فان طلق فذاك والا فقيه روايتان (احدهما) يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق (والثانية) يطلق الحاكم عليه (ومنها) العنين اذا انقضت مدته

وتحقق عجزه وأبى ان يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما (ومنها) اذا مثل بعبده قال احمد فى رواية الميمونى يعتقه السلطان عليه وظاهر هذا أنه لا يعتق بمجرد التمثيل ولكن يعتقه السلطان عليه بغير اختيار لأن عتقه صار محتملاً لا محالة كما فعل عمر رضى الله عنه بخلاف طلاق المولى

فانه لو فاء لم يطالب بالطلاق، ويحتمل ان يكون مراده ان السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف فى المذهب وفيه بعد (ومنها) الموصى بعتقه اذا امتنع الوارث من اعتاقه أعتقه السلطان عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بشرط العتق وقتلنا يصح على الصحيح فابى ان يعتقه

فقيه وجهان وقيل روايتان (احدهما) ونص عليها احمد فى رواية الاثرم ان للبائع الفسخ بناء على أنه حق له (والثانى) أنه يجبر المشتري على عتقه بناء على أنه حق لله [تعالى فعلى] هذا اذا امتنع واصر توجه ان يعتقه الحاكم عليه (ومنها) الحوالة على الملى هل يعتبر لبراءة المحيل رضا المحال فان أبى

أجبره الحاكم عليه لأن احتياله (٢) على الملى واجب عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة فيه عن احمد روايتان حكاهما القاضى فى خلافه وطائفة من الاصحاب ومبناها على ان الحوالة هل هى نقل (١) يريد بالمولى هنا الذى حلف لا يبطأ وجه أربعة أشهر أو أكثر والفية الرجوع (٢) كذا بالأصل

للحق أو تقييض فإن قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وإن كانت تقييضا فلا بد من القبض بالقول وهو قولها فيجبر المحتال عليه (ومنها) الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه أولا فقوم الحاكم مقامه على روايتين (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربعة وإني أن يختار منهن أجبره الحاكم على الاختيار وعززه مرة بعد أخرى حتى يختار . ولم يختزله إذا الاختيار موكل إلى شهوته وغرضه لا غير [(ومنها)] الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها [(ومنها)] إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال في المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال في المغنى يشهد على امتناعه ويبرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضي أنه يرفعه إلى الحاكم أولا ليسلمه إليه فإن تعذر أشهد على امتناعه .

(القاعدة الرابعة والعشرون)

من تعلق بماله حق واجب عليه فبادر إلى نقل الملك عنه صح ، ثم إن كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط . وإن كان متعلقا بمالكة لمعنى زال بانتقاله عنه سقط ، وإن كان لا يزول بانتقاله لم يسقط على الأصح ، ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه فقيه وجهان حكاهما في المغنى (أحدهما) يصح لأن ملكه باق لم يزل ويسقط التحريق لا انتقاله عنه فهو كالمات وانتقل إلى وارثه (والثاني) يفسخ البيع ويحرق لأن حق التحريق أسبق وقد تعلق بهذا المال عقوبة لمالكة على جريمته السابقة (ومنها) لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة فقيه وجهان (أحدهما) إن البيع باطل لأن ملكه غير تام وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه (والثاني) إن البيع صحيح وهو قول الحرقى والمشهور في المذهب لأن أخذ الشفع من المشتري الثاني يمكن فإن اختار ذلك فعل وإلا فسخ البيع الثاني وأخذ من الأول لسبق حقه عليه (ومنها) لو أمر الذمي بهدم بنائه العالي فبادر وباع من مسلم صح وسقط الهدم لزوال علته فإنه لم يجب الهدم إلا لازالة ضرر استدامة تعلية الذمي لاعتقوبة للتعلية الماضية وقد زال الضرر بانتقاله إلى المسلم فهو كما لو بادر المالك واسلم فإن الهدم يسقط بلا تردد (ومنها) لو مال جداره إلى ملك جاره فطواب بهدمه فباع داره صح وهل يسقط

(١) ما بين المربعين عن نسختي الدار

الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمنين أم لا . قال القاضي يسقط لأن الوقوع في غير ملكه وقال ابن عقيل ان قصد بيعه الفرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لان عقاد سببه في ملكه كما لو باع سهما بعد خروجه من كبد القوس فان عليه ضمان ما يتلفه قال وكذا لو باع فحاً أو شبكة منصوبتين فوق وقع فيهما صيد في الحرم أو مملوك للغير لم يسقط عنه ضمانه . والظاهر ان القاضي لا يخالف في هذه الصور فانه قال فيما اذا أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق ثم باع ملكه بعد المطالبة بازالته ثم سقط فعليه الضمان . لأن خروجه الى غير ملكه حصل بفعله بخلاف ميل الحائط فانه لا فعل له فيه وإنما يلزمه ازالته على وجه يمكن ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه (ومنها) لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا . على وجهين حكاهما الأزجى في نهايته وصحح عدم الصحة لأنه يتسلسل ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة ، كما لو نذر عتق عبداً فانه لا يصح بيعه وعندى أن هذا الخلاف مترتب (١) على أن الحق هل هو لله ويجبر عليه ان أباه اولالبائع ، فعلى الاول هو كالمندور عتقه وعلى الثاني يسقط الفسخ لزوال الملك وللبايع الرجوع بالأرش فان هذا الشرط ينقص به الثمن عادة ، ويحتمل ان يثبت له الفسخ لسبق حقه . (ومنها) لو باع العبد الجاني لزمه افتداؤه فان كان معسراً فسخ البيع تقديماً لحق المجنى عليه لسبقه . (ومنها) لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين (٢) ملتزماً لضمانه ثم عجز عن وفائه فانه يفسخ البيع . (ومنها) لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعسر فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا ، فيه وجهان مرتبان على ان الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه فان قيل بعين المال فسخ البيع لاستيفائها منه والا فلا .

(القاعدة الخامسة والعشرون)

من ثبت له ملك عين بينة او اقرار فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا . في المسألة خلاف ولها صور :

(منها) أن من ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد لها فهل يتبعها في الملك اذا ادعاه على وجهين (احدهما) لا وهو الذي ذكره القاضي لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره ويجوز ان يكون ولده قبل ملكه لها (والثاني) واليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها لأنه من أجزائها وقد ثبت سبق اليد الحكيمة لليد المشاهدة فتكون مرجحة عليها ، ويشبه هذه المسألة ما اذا ادعى أمة في يد غيره انها أم ولده وان

(١) في نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

ولدها منه [حر] وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أورا جلا و امرأتين ثبت ملكه عليها وثبت استيلادها بأقراره وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطاب (احدهما) يثبت نسبه وحرية لكونه من نملها فيتبعها ويكون ثبوت ذلك بالاقرار لا بالينة (والثانية) لا يثبت النسب ولا الحرية لأنهما لا يثبتان بهذه الشهادة وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية وتبقى [صححة] الولد على ملك من كانت يده بناء على صححة استلحاق نسب العبد كما جزم به صاحب التلخيص (ومنها) لو ثبت له ملك أرض في يد غيره بينة أو اقرار وفيها شجر قائم فهل يتبعها أم لا . يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على ان الشجر هل يتبع في البيع ام لا وافق الشيخ تقي الدين رحمه الله ان ما كان متصلا بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتة عليه ما لم تأت حجة تدفع (١) موجب اليد ، مثل أن يكون الفارس قد عرف أنه غرسه بماله وهو ظاهر كلام القاضى وابن عقيل في الرهن فيما اذا اختلف المتراهنان في رهنية الشجر في الأرض المرهونة أن القول قول المالك لأن الاختلاف هنا في عقد واليد لا تدل عليه بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك وصرح صاحب التلخيص بان ما في دار الانسان يكون في يده ولو كان منفصلا منقولا ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرد حصولها في الأرض نظراً الى ان الأرض هل هي كاليد ام لا فان قامت البينة أن هذه الشجرة له وعليها ثمر فقال ابن عقيل يحكم له به حتى لو كان الثمر بيد رجل وتبين سبق ملك الشجرة لغيره حكم له بالثمره لثبوت سبق ملكه على اخذ غيره للثمره و[يتخرج] فيه وجه آخر كالولد وبه جزم ابن عقيل في كتاب القضاء (ومنها) لو ثبت ان هذا العبد ملك له وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب فادعاه من العبد في يده . فقال صاحب الكافي والترغيب هي له لأن يده عليها وهي منفصلة عن العبد ويحتمل وجهين آخرين (احدهما) ان ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه هاهنا وما لا فلا (والثاني) ان تطاولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هي في يده والا فلا الحاقها بالعيب المتنازع في حدوده عند البائع او المشتري اذا لم يحتمل الحال الا قول احدهما وحده (ومنها) لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة فذكر الاصحاب ان ما يتبع في البيع فهو للمؤجر وما لا يتبع ان كانت جرت به العادة في المنازل فقيه خلاف . والمنصوص انه للمؤجر ايضاً وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض وهل الحكم مختص بمالة بقاء يد المستأجر أم لا . صرح في التلخيص في مسألة الكنز بأن الخلاف في صورة بقاء الاجارة وانقضائها ، ويشهد له مسألة المال المدفون اذا ادعاه من

كانت الأرض له ووصفه أنه يقبل منه وكذلك حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت جاز^(١) مع بقاء الزوجية وزوالها في أحد الطريقين للاتصاف (ومنها) لو أقرله بمظروف في ظرف كتمر في جراب أو كسيف في قراب أو فص في خاتم أو رأس أو كارع في شاة أو نوى في تمر فقيه وجهان أشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه ، وهو قول ابن حامد والقاضي وأصحابه لأن الظرف غير مقر به وإنما هو موصوف به فهو كقوله دابة في اصطبل والوجه الثاني [هو] مقر بهما واللام يكن ثم فائدة لذلك الظرف . وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقة فيكون اقراراً به دون ما هو منفصل عنه عادة ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعا للأول فيكون اقراراً به كتمر في جراب أو سيف في قراب وبين أن يكون متبوعا فلا يكون اقراراً به كنوى في تمر ورأس في شاة وأما أن قال خاتم فيه فص وجراب فيه تمر وقراب فيه سيف فقيه هو على الوجهين مطلقا وقيل في قوله خاتم فيه فص أنه اقرار بهما جميعا بغير خلاف لأن إطلاق الخاتم يدخل فيه الفص فاذا وصفه بالفص تيقن دخوله فيه ولم يجز اخراجه منه كقوله نعل لها شرك أو شاة عليها صوف أو في ضرعها لبن ونحو ذلك وفي التلخيص لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص وقال ما أردت الفص احتمل وجهين أظهرهما دخوله لشمول الاسم قال ولو قال له عندي جارية فهل يدخل الجنين في الاقرار اذا كانت حاملا يحتمل وجهين .

{ القاعدة السادسة والعشرون }

من أئلف شيئا لدفع أذاه لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة^(٢) فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيوانا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو صال عليه صيد في أحرامه فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه لأن الأذى من غير الشعر ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده (ومنها) لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ولو سقط عليه متاع غيره فخشى أن يهلكه فدفعه فوق في الماء لم يضمنه (ومنها) لو وقعت بيضة نعامة من شجرة في الحرم على [عين] إنسان فدفعها فانكسرت فلا ضمان عليه بخلاف ماله احتاج إلى أكلها لمخمصة (ومنها) لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه ولو احتاج إلى إيقاد غصن
 (١) في نسختي الدار : جار . (٢) فيهما : أوبهيم .

شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره وخالف صاحب المغني في جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه .

﴿ القاعدة السابعة والعشرون ﴾

من أتلف نفسا أو أفسد عبادة لنفع يعود الى نفسه فلا ضمان عليه ، وان كان النفع يعود الى غيره فعليه الضمان .

فمن ذلك الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفا على أنفسهما فلا فدية عليهما ، وان أفطرتا خوفا على ولديهما فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب (ومنها (١)) لو نجى غريقا في رمضان فدخل الماء في حلقه وقتلنا يفطر به فعليه الفدية ، وان حصل له بسبب انقاذه ضعف في نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض في قياس المسألة التي قبلها وفي التلخيص بعد ان ذكر الفدية على الحامل والمرضع للخوف على جنينيهما ، وهل يلحق بذلك من افتقر الى الافطار لانقاذ غريق يحتمل وجوب (ومنها) لو دفع صائلا عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضى وفي الفتاوى الرجيبات عن ابن عقيل وابن الزاغوني لا ضمان عليه ايضا (ومنها) لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه فحلف دفعا للظلم عنه لم تنعقد يمينه ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انعقدت يمينه ذكره القاضى في شرح المذهب وفي الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب ايضا لا تنعقد وهو الأظهر

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون ﴾

اذا حصل التلف من فعلين احدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملا على الصحيح ، وان كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان احدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه لم يجب على الآخر اكثر من النصف ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا زاد الامام سوطا في الحد فمات المحدث فحكى ابو بكر في المسألة قولين (احدهما) يجب كالدية (والثاني) يجب نصفها والاول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لان المأذون فيه لا اثر له في الضمان وانما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان اليها (ومنها) لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدوانا وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها (ومنها) لو رمى صيدا فأثبتته ولم يوحه ثم رماه آخر رمية غير موجبة ومات من الجرحين وجب ضمان

(١) في د : ومنه في كل القاعدة .

الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب ، لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمى الثاني انفراداً بالعدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلله بأن رميه كان سبباً للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمنه بنصف القيمة مما قبلها (ومنها) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فإنه يضمنها بكامل القيمة نص عليه في الصورة الأولى وخرج الأصحاب وجهاً آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما إذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتها (ومنها) إذا اشترك عمل ومحرم في جرح صيد ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومنها وقال القاضي في المجرد مقتضى الفقه عنده أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الإذن هناك متف وهو موجود نعم إن قصد المحل إعاقة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه كما إذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [(ومنها) لو اشترك في جرح آدمى مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص كمال الدية ونصفها على وجهين] (ومنها) لو تزوج امرأة ثم دفعها هو واجنبي فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص أحمد في رواية منها على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم (١) وهو أرش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك أن اذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش ، وأما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره وخرج صاحب المفتي وجهاً آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزومه مهر المثل كله على رواية منصوطة نقلها منها أيضاً فإذا كان موجباً للمهر ابتداء فلأن يقرره أولى ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى أن الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل ، واختار ابن عقيل أن الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج إنما يستحق اتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطء فإذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير إذا أتلف خمل المنشقة مثلاً بغير استعمال فإنه يضمن . وأيضاً فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه فقطع بعض أعضائه عدواناً ضمنه لأنه لم يستحق اتلاف بعض أعضائه إلا تبعاً لاتلاف

جملته لاستقلالاً . وفيه وجه آخران الأرض كله أو مهر المثل على الأجنبي لأن الزوج ماذون له في اتلاف هذا الجزء في الجملة فيكون الأجنبي منفرداً بالجناية عليه فيستكمل عليه الضمان (١)] ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر على أحدهم فقتله فهل يجب على الآخرين ثلثا ديته أو كلها على روايتين]

(القاعدة التاسعة والعشرون)

من سومع في مقدار يسير فزاد عليه فهل تنتفى المساعدة في الزيادة وحدها أو في الجميع فيه وجهان وللمسألة صور :

(منها) الوكيل في البيع مع الاطلاق يملك البيع بثمن المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة فاذا باع بمالا يتغابن بمثله عادة فهل يضمن بقية ثمن المثل كله أو القدر الزائد عما يتغابن به عادة على وجهين ورجح ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله واستشهد له بالنجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها ولا يفرد هنا ما يعفى عنه بانفراده وكذلك العمل الكثير في الصلاة فانه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده فقد يصير الباقي يسيراً فيلزم العفو عن الكل وكذلك حكم ضرب الصبي معلمه أو المرأة زوجها ضرباً مبرحاً وماتا ضمن الدية كلها ولو عفى عن القدر المباح بانفراده لم يجب بإل الدية وهذه الصورة الأخيرة ترد إلى القاعدة التي قبل هذه حيث كان التلف تولد من ضرب ماذون فيه وغير ماذون فواجب كمال الضمان كالوزاد على الحد سوطاً فلا دلالة له فيها (ومنها) لو أكل المضحى جميع أضحيته فهل يلزم ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم على وجهين ولو تصدق أولاً بما يقع عليه الاسم أجزاءه لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور في المذهب (ومنها) لو تعدى الخارج من السبيل موضع العادة فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة وينجزى الحجر في موضع العادة على وجهين . أشهرهما ان الواجب غسل المتعدى خاصة وهو قول القاضي وربما نسب إلى نص أحمد لأن هذا لا ينسب فيه إلى تفريط وتعد بخلاف الوكيل والمضحى ، والثاني يلزمه غسل الجميع وبه جزم القاضي أبو يعلى الصغير ولم يحك فيه خلافاً (ومنها) لو أدى زكاته إلى واحد وقلنا يجب الأداء إلى ثلاثة فهل يضمن الثلثين وما يقع عليه الاسم على وجهين .

{ القاعدة الثلاثون }

إذا خرج عن ملكه مال على وجه العبادة ثم طرأ ما يمنع اجزائه والوجوب فهل يعود الى ملكه أم لا فيه خلاف .

(فمن ذلك) إذا أوجب هديا أو اضحية عن واجب في ذمته ثم تعينت فانها لا تجزئه وهل يعود المغيب الى ملكه على روايتين (ومنها) إذا عجل الزكاة فدفعها الى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها أم لا على وجهين (ومنها) لو عجل عن ثلاثين من البقرتين ثم تنجت عشرة قبل الحول وقتلنا لا يجزئ التبيع عن شيء منها فهل يرجع به (١) يخرج على الوجهين .

{ القاعدة الحادية والثلاثون }

من شرع في عبادة تلزم بالشروع ثم فسدت فعليه قضاؤها على صفة التي أفسدها سواء كانت واجبة في الذمة على تلك الصفة أو دونها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا صلى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته فانه يجب عليه قضاؤها تامة (ومنها) إذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه بجماع وجب قضاؤه والاحرام من موضع احرامه أولا نص عليه أحمد بخلاف ما إذا حصر في نسكه ذاك ثم قضاؤه فانه لا يلزمه الاحرام الا من الميقات نص عليه ايضا لأن المحصر فيه لم يلزمه اتمامه (ومنها) إذا عين عما في ذمته من الهدى والاضحية ما هو أزيد صفة من الواجب ثم تلف فإن كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله وإن كان بغير تفريط ففيه وجهان . حكاهما القاضي في شرح المذهب وجزم صاحب المغني بأنه لا يلزمه أكثر مما كان في ذمته لأن الزيادة وجبت بتعينه وقد تلفت بغير تفريط فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف (ومنها) لو نذر اعتكافا في شهر رمضان ثم أفسده فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيام على وجهين . وظاهر كلام أحمد لزومه وهو اختيار ابن أبي موسى لأن في الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره فلا يجزئ القضاء في غيره كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم أفسده فانه يتعين القضاء فيه ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لا يساويها وعلى هذا فنقول لو نذر اعتكاف عشرة أيام فشرع في اعتكافها في أول العشر الاواخر ثم أفسده لزمه قضاؤه في العشر من قابل لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره فإذا أفسده لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده .

(١) في د : فهل يسترجع تخرج الخ .

﴿ القاعدة الثانية والثلاثون ﴾

يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة ، ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة صح ، وحكى فيه رواية أخرى بعدم الصحة (ومنها) الوقف يصح ان يقف ويستثنى منفعته مدة معلومة أو مدة حياته لأن جهالة المدة هنا لا تؤثر فأنها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة الى من بعده (ومنها) العتق ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة نص عليه لحديث سفينة وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها لأنه استثنى الاتفاق بالبضع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضا عنه فانهقد في آن واحد (ومنها) إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء فانه يصح على المذهب المنصوص فانه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبته (ومنها) الوصية فيصح أن يوصى برقة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقا أو مدة معلومة او نفعها (١) للورثة (ومنها) الهبة يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفعه مدة معلومة وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله (ومنها) عوض الصداق والخلع والصلح على مال وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها .

﴿ القاعدة الثالثة والثلاثون ﴾

الاستثناء الحكمي هل هو كالأستثناء اللفظي أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي (٢) فيه وجهان والصحيح عند صاحب المغنى الصحة ، وهو قياس المذهب خلافا للفاضي ويخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو باعه أمة حاملا بجر وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظا فهل يصح أم لا على وجهين .
 (ومنها) لو باعه عقارا تستحق فيه السكنى (٣) الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح قال في المغنى لا ، لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر ، وقال الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية قياس المذهب صحة البيع وأطلق (ومنها) بيع الدار المؤجرة تصح وسواء علم المشتري بالاجارة أو لم يعلم نص عليه احمد في رواية جعفر بن محمد ، وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول (٤) المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبهه تفريق الصفقة ولكن احمد انما اوجب بيان ذلك لأن تركه

(١) في نسختنا يفتقر (٢) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ أو يقيها : وفي ٧١١ أو بنفقتها (٣) سكنى : د

(٤) وفي نسختنا : تناول .

تدليس وتغريب ، ولم يتعرض للصحة والبطلان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فبان تحتها دكة (١) فان علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار ، وعليه بها يفضى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك او لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكما ، ولو استثناه في العقد لفظا لم يصح (ومنها) لو اشترى شجرا [و] عليه ثمر أو أرضا فيها زرع أو دارا فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تغريغه على ما جرت به العادة وذلك مجبول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة أو عبدا محرما صح ووقع مدة احرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم (٢) بذلك [المشتري] او لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضب لاسيما بالعمرة قد يقع الابطاء في السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال النسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

(القاعدة الرابعة والثلاثون)

استحقاق منافع العبد بعقد لازم يمنع من سريان العتق اليها كالاستثناء في العقد ، وأولى لأن الاستثناء الحكمي أقوى ، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد خلافا للشيخ تقي الدين في قوله يسرى العتق اليها ان لم يستثن ، ويتفرع على هذا مسائل : (منها) اذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح وإنما ثبت لها الخيار تحت العبد لأنها كملت تحت ناقص فزال كفاءته بذلك او تعبدا غير معقول المعنى . ومن قال بسراية العتق قال قد ملكت بضعها فلم يبق لأحد عليها مالك فصار الخيار لها في المقام مع الزوج او مفارقتها سواء كان حراً أو عبدا وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حراً أو عبدا ذكره الشيخ وقال هو مقتضى المذهب ويرد على هذا القول بملكها بضعها انه يلزم منه انفساخ نكاحها حيث لم يبق للزوج ملك عليها . ولا قائل بذلك على أنه يمكن ان يقال عتق بعضها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر لأن حرية البضع لا تنافي استحقاق منفعته بعقد النكاح ابتداء فالحرية الطارئة به أولى (ومنها) لو اجر عبده مدة ثم اعتقه في أثناءها لم تنفسخ الاجارة على المذهب ، وعند الشيخ تنفسخ الا ان يستثنى في العتق وخرج صاحب المقنع ذلك وجها لنالابناء على السراية بل بناء على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه فيكون كما لو اجر الولي الصبي مدة (١) نسختنا : نكته (٢) الاصل : هله .

ثم بلغ في أثنائها فانه ينفسخ في وجه [وهو ضعيف] فان الولي تنقطع ولايته بالكلية عن العبي
يلوغه رشيدا بخلاف السيد فان له استثناء منفعه بالشرط، والاستثناء الحكمي اقوى كما
تقدم (ومنها) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنفعه صح ولم يسر الى المنافع .

(القاعدة الخامسة والثلاثون)

من ملك منفعة عين بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل ينفسخ العقد الاول أم لا
هاهنا صورتان :

(احدهما) أن يكون العقد الذى ملك به المنفعة عقدا مؤبدا ، فان لم يكن عقدا معاوضة فلا معنى
لانفساخه كالموصى له بمنافع الأمة اذا اشتراها فانه يجتمع له ملكها بالعقدين ولا ضرر في هذا (١) فهو
كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى بربقتها اذا اشتروها من الموصى
له ، وان كان عقد معاوضة وهو النكاح انفسخ بملك الرقبة ، لانه ملك ضعيف ومختلف في مورده
هل هو المنفعة او الاتفعا ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه
فلا يجتمع مع الملك القوى ، وهو ملك الرقبة [بل يندفع به ولا نقول إنه يدخل ملكه في ملك الرقبة]
لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقبة بملكه (٢) بل نقول قد اجتمع له
ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة وملك البضع [ملكاً] بجهة أخرى ضعيفة فبطلت خصوصيات الجهة
الضعيفة كلها لمضيره مالكا للجميع ملكا تاما وهذا صحيح فانه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال
انه يملك الاتفعا بالبضع دون منفعته ولا أنه يملك الاتفعا به بنفسه دون المعاوضة عليه فتعين
الغاء خصوصيات عقد النكاح كلها .

(والصورة الثانية) ان يكون العقد المملوك به بالمنفعة غير مؤبد ، كالأجارة فاذا ملك [العين] بعد
ذلك فهل ينفسخ ، فيه وجهان ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما
الأصحاب وربما حكى روايتان (أحدهما) ينفسخ لانه ملك (٢) الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى
زوجته (والثاني) لا ينفسخ وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وابن عقيل والاكثرين لأن
المنافع ملكها اولا بجهة الاجارة وخرجت عن ملك المؤجر ، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع
وهو العين المسلوقة النفع فصار كالمو اشتري العين الموصى بمنافعها من الورثة واستأجر المنافع من

(١) ذلك : د (٢) ملكه : د (٣) فى نسختنا : يملك

مالكه في عقد أو عقدين فإن الاجارة لا تنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والاجارة بخلاف النكاح ، وأيضا فالملك ههنا أقوى من ملك النكاح لأنه يملك الانتفاع والمعاوضة ، ويملك به عموم المنافع فلا تنفسخ بملك الرقبة ، فإن قيل لولم تنفسخ الاجارة لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها الى المؤجر لأنه لم يدخل في عقد البيع ، وانما استأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج لأنه ملك المنفعة ملكا مؤبدا فالجواب أن [البائع باع] (١) ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد انقضاء مدة الاجارة فإنه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالاجارة عندنا فبالبيع أولى ، اما ان كان الاستئجار من غير البائع وكان مالكا للمنافع المؤبدة فالاجارة باقية وتعود اليه بعد انقضاء المدة بغير تردد ، ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كمالو ملكها بشرائه صرح به الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية فأما ان وهب العين المستعارة من المستعير فإنه تبطل العارية وذكر [هـ] القاضي وابن عقيل لأنه عقد غير لازم (ومنها) لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الأب وورثها فهل تنفسخ الاجارة فيه وجهان أيضا وخرجها صاحب التلخيص من المسألة التي قبلها والمذهب عند القاضي في الخلاف أنه لا ينفسخ كسواء المستأجر ، وقال في المجردينفسخ وتوجه بأن الملك بالارث قهرى يقتضى تملك مالا يملك مثله بالعقود فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها فتفسخ الاجارة ، وأيضا فقد يبنى هذا على المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل الى ملك المستأجر فان قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها اليه . هذا اذا كان ثم وارث سواء لأن فائدة بقاء الاجارة استحقاق بقية الاجرة ، فاذا لم يكن وارث سواء فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مقلساً بعد أن أسلفه الاجرة (ومنها) لو اشترى طلعاً لم يؤبر في رءوس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله في الحال ، فهل يخرج انفساخ البيع في الطلع على ما مر من الوجهين لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه في البيع أم لا لأنه عين (٢) مستقلة ، فيه تردد والمجزم به في الكافي أنه لا ينفسخ بغير خلاف .

(القاعدة السادسة والثلاثون)

من استأجر عيناً من له ولاية الإيجار ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة فهل تنفسخ الاجارة هذا قسمان :

(أحدهما) أن تكون إجارته بولاية محضة فان كان وكيلاً محضاً فالكلام في موكله دونه

(١) الذي في نسختنا فالجواب ان المالك ما يملكه (٢) نسختنا : غيره .

وان كان مستقلاً بالتصرف فان انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الاجارة لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية كصبي يبلغ بعد ايجاره أو ايجار عقاره والمدة باقية ففى الانفساخ وجهان أشهرهما عدمه وهو قول القاضى وأصحابه لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ بلوغه كإلو زوجه أو باع عقاره (والثانى) ينفسخ ذكره فى المغنى وجهاً لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية فأشبهه اجارة البطن الأول للوقف اذا انقضض قبل انقضاء المدة وفارق البيع لأنه ينبرم فى الحال وتنقطع علقته (١) نعم لو كان بلوغه فى مدة الخيار ففيه نظر وكذا النكاح ينبرم من حينه ، ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الاجارة لأن الاجرة تنقسط فيها على المدة ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شئ. وذكر فى المغنى وجهاً آخر انه ان أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح فى الزيادة (٢) ويخرج الباقي على تفريق الصفة ونحوه ذكره صاحب التلخيص .

(والقسم الثانى) ان تكون اجارته بملك ثم تنتقل الى غيره وهو أنواع :
 (أحدها) أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولى عليه ، فتفسخ الاجارة لملكه المنافع الباقية منها ودخل تحت هذا اذا أجر مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار ، واذا أجر الحربى شيئاً للحربى ثم استولى عليه المسلمون ، أما إن أجر الحربى شيئاً لمسلم أو ذمى ثم استولى عليه المسلمون فلا اجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك (وثانيها) ان ينتقل الملك إلى من خلفه فى ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها وذلك كالوارث والمشتري والمتهب والموصى له بالعين والزوجة اذا أخذت العين صداقاً وأخذ الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك (وثالثها) أن يكون مزاحماً للأول فى الاستحقاق ومتلقياً للملك عن تلقاه الأول لكن لاحق له فى العين إلا بعد انتهاء استحقاقه كالבطن الثانى من أهل الوقف اذا أجر البطن الأول ثم انقضضت الاجارة قائمة وفيه وجهان (أحدهما) وهو ما قال القاضى فى المجرد أنه قياس المذهب إنه لا تنفسخ لأن الثانى لاحق له فى العين إلا بعده فهو كالوارث (والثانى) وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضى فى خلافه ، وقال إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبى الحسين وحكياه عن أبى اسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وغيره أنه ينفسخ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم بخلاف الورثة فانهم لا يتلقون عن مورثهم (٣) إلا ما خلفه فى ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع وحق

(١) فى نسختنا : علته (٢) فى الزائد : د (٣) نسختنا : موروثهم

المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية بل آثاره باقية ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الشركة وهي ملكه على قوله الى أن تقضى ديونه فكيف يمرض عليه في تصرفاته بنفسه ، وأيضاً فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبداً والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله وخرج صاحب المغنى وجهاً آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق لكن الاجرة ان كانت مقسطة على أشهر مدة الاجارة أو أعوامها فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين فلا تبطل جميعاً ببطلان بعضها وان لم تكن مقسطة فهي صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور .

واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظر ، لأن القاضي انما فرضه فيما اذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطاً ، وهذا محل تردد أعني اذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالناظر العام فلا يفسخ بموته الاجارات أم لا ، فان من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام في ذلك وهكذا حكم المقطع اذا أجر أقطاعه ثم انتقلت عنه الى غيره بأقطاع أحد (ورابعها) أن يكون مزاحماً للأول في استحقاق التلقي عن تلقى عنه الأول بسبق حقه وتقديمه عليه وهو المشتري للشفيع المشفوع اذا أجر ، وقلنا بصحة تصرفاته بالاجارة او غيرها ثم انتزعه الشفيع وفيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو ما ذكره صاحب المنع لا تنفسخ الاجارة ، لأن ملك المؤجر ثابت ويستحق الشفيع الاجرة من يوم أخذه لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة ، فاذا فات أحدهما رجع الى بدله وهو الاجرة هاهنا كما نقول في الوقف اذا انتقل الى البطن الثاني ولم تنفسخ اجارته انهم يستحقون الاجرة من يوم الانتقال ، وكذلك نص احمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة وان المشتري يستحق الاجرة من حين البيع ، وهو مشكل لأن المنافع في مدة الاجارة غير مملوكة للبائع فلا يدخل في عقد البيع ويحجب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الاجرة ولم يستقر بعدولوا نفسخ العقد لرجعت المنافع اليه فاذا باع العين ولم يستثن شيئاً لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقاً له لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الاجارة وفي رجوعها اليه مع الانقضاء وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب ، وهو مثال نص احمد المذكور أولاً ، وما ذكرنا [هـ] قبل ذلك من رجوع المنافع الى البائع عند الانقضاء هو الذي ذكره صاحب المغنى (والثاني) أنه تنفسخ الاجارة بأخذه وهو المجزوم به في المحرر لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما من هوى يده وفارق اجارة الوقف على وجهه لأن البطن الثاني لاحق لهم قبل انقراض الأول وهنا

حق الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري فينفسخ بأخذه لسبق حقه ولهذا قلنا على رواية أن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى فإن فسخ البائع بطل ، وايضا فلولا تنفسخ الاجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيولة كما قلنا في أحد الوجهين اذا أعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقي من المدة ، والثالث أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الاجارة أو يتركها وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسألة اعارة العارة وهو أظهر فإن الاجارة بيع المنافع ، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الاخذ ممن هو في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري . وخامسها (١) ان ينفسخ ملك المؤجر ويعود الى من انتقل الملك اليه منه فالمعروف من المذهب أن الاجارة لا تنفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لا من أصله وصرح ابو بكر في التنبيه بانفساخ النكاح لو أنكحها المشتري ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله : وقال القاضى وابن عقيل في خلافهما الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله لان الخيار يمنع اللزوم بالكلية ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وثمنه بخلاف العيب .

(القاعدة السابعة والثلاثون)

في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض ، وتداخل احكامها ويندرج تحتها صور :
 (منها) اذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا قال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب المغنى والتلخيص يصير مضموناً بالانتفاع لأن ذلك حقيقة العارية واوردا بن عقيل في نظرياته في وقت ضمانه احتمالين (أحدهما) أنه لا يصير مضموناً بدون الانتفاع (والثاني) يصير مضموناً بمجرد القبض اذا قبضه على هذا الشرط ، لأنه صار ممسكاً للعين لمنفعة نفسه منفرداً به [وهل] يزول لزومه أم لا ينبنى على أن اعارة الرهن باذن المرتهن هل يزول لزوم الرهن ام لا وفيه طريقان (احدهما) أنه على روايتين وهى طريقة المحرر (والثانية) ان اعارة المرتهن لم يزل اللزوم بخلاف غيره وهى طريقة المغنى وقال صاحب المحرر في شرح الهداية ظاهر كلام احمد أنه لا يصير مضموناً بحال [و] يشهد له قول ابى بكر في خلافه شرط منفعة الرهن باطل وهو رهن بحاله (ومنها) اذا اودعه شيئاً ثم اذن له في الانتفاع به فقال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب التخليص يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره عارية حيثئذ ، قال ابن عقيل (١) كذا في الاصول جميعها لم تذكر الرابعة .

ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع ما هنا لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكه بخلاف الرهن ومن المتأخرين من قال ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضمونا أيضا كالرهن وفرق صاحب المحرر بينهما ولا اختلاف [هنا] بين العقدين في الجواز إلا أن يكون مدة الانتفاع مؤقتة فيخرج فيها وجه بالزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة (ومنها) إذا أعاره شيئا ليرهنه صح نص عليه ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه ويكون مضمونا على الراهن لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه وأما اللزوم وعدمه فقال الأصحاب هو لازم بالنسبة إلى الراهن والمالك لكن للمالك المطالبة بالافتكاك فإذا انفك زال اللزوم فيرجع فيه المالك واستشكل ذلك الحارثي وقال أما أن يكون لازما فلا يملك المالك المطالبة قبل الاجل وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما في العارية كبناء حائط ووضع خشب وشبهها انتهى وصرح أبو الخطاب في انتصاره بعدم لزومه فإن للمالك انتزاعه (١) من يد المرتهن فيبطل الرهن (ومنها) لو أعاره شيئا ثم رهنه عنده فقال أبو البركات في الشرح قياس المذهب صحته ويسقط ضمان العارية لأنها ليست لازمة وعقد هذه الأمانة لازم ثم أخذه من كلام الإمام أحمد في ورر [و] عقد الإعارة على الرهن كما سبق ويتخرج في هذه المسألة ما في تلك (ومنها) ورود عقد الرهن على الغصب فيصح عندنا ذكره أبو بكر والقاضي ويبرأ به الغاصب وكذا لو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره لحياطته أو نحوها ذكره أبو الخطاب وغيره وذكر القاضي في خلافه فيما إذا استأجر [ه] لحياطته ونحوها هل يبرأ به على وجهين، وذكر هو في المجرد وابن عقيل في الفصول في المضاربة إذا جعل المالك المغموب مع الغاصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمنا فيما يشتري به فيبرأ حينئذ من الضمان وعلى قول أبي الخطاب يبرأ في الحال (ومنها) رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يدارتهان (ومنها) لو قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا، لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هرون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه (ومنها) لو كاتب المدير أو دبر المكاتب صح نص عليه، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثالث وهل يكون كسبه له كماله عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو لورثته كعتقه بالتدبير على وجهين، وهكذا حكم

الاستيلاد والكتابة ، ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيبطل بالكتابة

(القاعدة الثامنة والثلاثون)

فيما اذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت الى أن المذهب هل هو اللفظ او المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو اعاره شيئاً وشرط عليه العوض فهل يصح ام لا على وجهين (احدهما) يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض اذا كان مكيلاً او موزوناً ذكره ابو الخطاب في انتصاره ، وكذلك ذكر القاضى في خلافه و ابو الخطاب في موضع من ردوس المسائل انه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضى قرآن الهبة المشرط وفيها العوض ليست يبعاً وانما الهبة تارة تكون تبرعاً وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ولا يخرج ان من موضوعها فكذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة (والثاني) انها تفسد بذلك وجعله ابو الخطاب في موضع آخر المذهب لأن العوض بخارجها عن موضوعها وفي التلخيص اذا اعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فهي اجارة فاسدة غير مضمونة فهذا (١) رجوع الى انها كناية في عقد آخر والفساد اما ان يكون لاشتراط عقد في عقد آخر وأما لعدم تقدير المنفعتين وعليه خرجه الحارثي وقال وكذلك لو قال اعرتك عبدي لتمونه او دابتي لتعلقها وهذا يرجع الى ان مؤنة العارية على المالك وقد صرح الحلواني في التبصرة بأنها على المستعير (ومنها) لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لي فقال القاضى وابن عقيل هي مضاربة فاسدة يستحق فيها اجرة المثل ، وكذلك قال صاحب المغنى لكنه قال لا يستحق شيئاً في الصورة الثانية لأنه دخل على ابن لا شيء له ورضي به ، وقال ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة ، وقال في المغنى في موضع آخر انه ابضاع صحيح فراعى الحكم دون اللفظ وعلى هذا فيكون في الصورة الأولى قرصاً (ومنها) لو استأجر المكيل او الموزون او النقود او الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له فقال القاضى وخلافه في الاجارات (٢) يصح ويكون قرصاً وله (٣) وجه آخر أنه لا يصح (ومنها) لو اجره الارض بثلاث ما يخرج منها من زرع نص احمد على صحته واختلف الاصحاب في معناه فقال القاضى هي اجارة على حد المزارعة

(١) وهذا : د (٢) نسختنا : العبادات (٣) ولنا : د

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى هي مزارعة بلفظ الاجارة فتصح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والإفلا (ومنها) لو اسلم في شيء حالا فهل يصح ويكون بيعا أولا يصح فيه وجهان (أحدهما) وهو ظاهر كلام أحمد في رواية المروذي لا يصح البيع بلفظ السلم (والثاني) يصح قاله القاضي في موضع من خلافه (ومنها) اذا قال أنت على حرام أعني به الطلاق وقلنا الحرام صريح في الظاهر فهل يلغو تفسيره ويكون ظاهرا أو يصح ويكون طلاقا على روايتين (ومنها) لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لأنه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمعنى .

(القاعدة التاسعة والثلاثون)

في انعقاد العقود بالكنيات واختلاف الاصحاب في ذلك . فقال القاضي : في مواضع لا كناية الا في الطلاق والعناق وسائر العقود لا كناية فيها ، وذكر ابو الخطاب في الاتصار نحوه وزاد ولا تحمل العقود بالكنيات غير النكاح والرق ، وقال في موضع آخر منه تدخل الكنيات في سائر العقود سوى النكاح لا شترائط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية وأشار اليه صاحب المغنى ايضا وكلام كثير من الاصحاب يدل عليه ، وهل المعاوضة التي يتعقد بها البيع والهبة ونحوهما الا كنيات وكذلك كنيات الوقف تمنعده في الباطن صرح به الحلواني ، وقد تقدم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة (ومنها) لو أجره عينا بلفظ البيع قفى الصحة وجهان وقال صاحب التلخيص ان أضاف البيع الى العين لم يصح والوجهان في اضافتها الى المنفعة (ومنها) الرجعة بالكنيات ان اشترطنا الاشهاد عليها لم يصح والا فوجهان وأطلق صاحب الترغيب وغيره الوجهين (١) والاولى ما ذكرنا فأما قوله لأمته اعتقتك وجعلت عتقك صدائقك فجعله ابن حامد كناية ولم يعقده النكاح حتى يقول وتزوجتك وقال القاضي هو صريح بقريته ذكر الصدائق فان الصريح قد يكون مجازا اذا اشتهر وتبادر فهمه ولو مع القرينة وفسره القاضي بأنه الظاهر ولا يشترط ان يكون نصا وكلام أحمد صريح في ان هذا اللفظ كناية فانه قال في رواية صالح اذا قال اجعل عتقك صدائقك او قال صدائقك عتقك كل ذلك جائز اذا كانت له نية فنيته تصرح باعتبار النية وتأوله القاضي بتأويل بعيد جدا وكذلك نص أحمد على ما اذا قال الخاطب للولي ازوجك وليتك قال نعم و[قال] للمتزوج اقبلت

(١) فهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

قال نعم ان النكاح يتعقده ، وذكره الخرقى ونعم ههنا كناية لأن التقدير نعم زوجت ونعم قبلت ، واكثر ما يقال انها صريحة في الاعلام بحصول الانشاء فالانشاء انما استفيد منها وليس فيها من ألفاظ صريح الانشاء شيء فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله .

(القاعدة الأربعون)

الاحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة الى تبدل الاملاك واختلافها عليها نوعان :
 (أحدهما) ما يتعلق بالحكم فيه بملك واحد فاذا زال ذلك الملك سقط الحكم وصور ذلك كثيرة :
 (منها) الاجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بتملك قهرى يشمل العين والمنفعة ثم عاد الى ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الاجارة هذا هو الظاهر لأن ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الاجرة فاذا استوفاه منه لم يبق له حق فتعود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر اما ان لم يستوف شيئاً فقد سبق نظائرها في قاعدة من تعذر عليه الاصل واستقر حقه في البدل ثم وجد الاصل فيحتمل وجهين والظاهر هنا عدم استحقاق المنافع لأن حقه سقط منها وانتقل الى بدلها (ومنها) الاعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملكه عنه ثم عاد لم تعد الاعارة (ومنها) الوصية تبطل بازالة الملك ولا تعود بعوده
 (النوع الثاني) ما يتعلق بالحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلقاً لازماً لا يختص تعلقه بملك دون ملك وله (١) صور .

(منها) الرهن فاذا رهن عيناً رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره ثم عاد فالرهن باق بحاله لانه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الاملاك كأرث الجناية غير ان الأرض لازم لرقبة الجاني بدون القبض والرهن لا يلزم أولاً يصح بدون القبض ، وذكر الاصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود المالك :

(منها) لو سب الكفار العبد المرهون ثم استنقذ منهم عاد رهناً بحاله نص عليه الامام احمد (ومنها) لو تخمر العصور المرتهن ثم تحلل فانه يعود رهناً كما كان [و] كذلك يعود الرهن بعد زواله وان كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع .

(منها) لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس صح لصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله (ومنها) ما قاله

أبو بكر إنه ان عاد الرهن الى الراهن بطل الرهن فان عاد اليه عاد رهنا كما كان وفي كلام احمد نحوه وتأوله القاضى وابن عقيل على أنه بطل لزومه لأنه لو بطل بالسكية لم يعد بدون عقد وهذا باطل بمسألة الصلح وقد وافقا عليها والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن . (ومن صور هذا النوع) المكاتب فان الكتابة عقد لازم ثابت فى الرقبة فلا يسقط بانتقال الملك فيه (ومنها) الاضحية المعبنة فان الحق ثابت فى رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك فاذا تعبت خرجت عن كونها أضحية فاذا زال العيب عادت أضحية كما كانت ذكره ابن عقيل فى عمده (ومنها) التدبير على احدى الروايتين (ومنها) رجوع الزوج فى نصف الصداق بعد الفرقة فانه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل لأن حقه متعلق بعينه (ومنها) عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره . ثم عادت فانه لا ينقطع الحول بذلك كما اذا تخمر العصير ثم تخلل ذكره ابن عقيل وغيره (ومنها) صفة الطلاق تعود بعود النكاح وسواء وجدت فى زمن البينة أو لم توجد على المذهب الصحيح (ومنها) صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق فى أشهر الروايتين وفى الأخرى لا تعود اذا وجدت الصفة بعد زوال الملك وفرق القاضى بين الطلاق والعتاق بأن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد المالكين على الآخر بخلاف النكاح فانه يبنى فيه أحد المالكين على الآخر فى عدد الطلاق على الصحيح وهذا التفريق لا أثر له اذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحنث وجود الصفة فى غير الملك (ومنها) الرد بالعيب لا يتمتع بزوال الملك اذا لم يدل على الرضى ، وهما صورتان مختلفتان فى الحاقها باحد النوعين وهى محتملة .

(فتنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد اليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا (ومنها) رجوع غريم المفلس فى السلعة التى وجدها بعينها وكان المفلس قد أخرجه عن ملكه ثم عادت اليه وفى المسألتين ثلاثة أوجه احدها لاحق لهما فيها لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما (والثانى) غير متعلق عنهما فلا يستحقان فيه رجوعاً (والثانى) لهما الرجوع نظر الى ان حقهما ثابت فى العين وهى موجودة فأشبه الرد بالعيب (والثالث) ان عاد بملك جديد سقط حقهما وان عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول فان الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان (ومنها) الفراش فاذا وطئ أمة ثم باعها ووطئ اختها بالملك ثم عادت الأولى الى ملكه فهل يعود الفراش ام لا على وجهين ، اشهرهما انه يعود وهو المنصوص فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم احديهما ، والثانى له استدامة استفراش الثانية ويجتنب الراجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر .

(القاعدة الحادية والأربعون)

إذا تعاق بعين حق تعلقا لازما فأتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق الى البدل المأخوذ من غير عقد آخر فيه خلاف ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أتلف الرهن متلف وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهنا بمجرد الأخذ وفرع القاضى على ذلك ان الوكيل فى بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير اذن جديد وخالفه صاحب الكافى والتلخيص ، وظاهر كلام انى الخطاب فى الانتصار فى مسألة ابدال الاضحية أنه لا يصير رهنا الا بعمل الراهن (ومنها) الوقف اذا أتلفه متلف وأخذت قيمته فاشترى بها بدله فهل يصير وقفا بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الاصحاب فى ذلك وجهين (ومنها) اذا أتلف الاضحية متلف وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبائهم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلها فهل تصير متعينة بمجرد الشراء يتخرج على وجهين (ومنها) الموصى له بعين اذا اتلفها متلف بعد الموت (١) وقبل القبول فحقه باق فى بدله .

(القاعدة الثانية والأربعون)

فى أداء الواجبات المالية وهى منقسمة الى دين وعين فأما الدين فلا يجب أدائه بدون مطالبة المستحق اذا كان آدميا حتى ذكر ابن عقيل فى جواز السفر قبل المطالبة وجهين ، وهذا مالم يكن قد عين له وقتا للوفاء فأما ان عين وقتا كيوم كذا فلا ينبغى ان يجوز تأخير عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة ، فان تعين الوفاء به أولا كالمطالبة به وأما ان كان الدين لله عز وجل فالذهب أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل ، ودخل فى ذلك الزكاة والكفارات والנדور وقد نص أحمد على اجبار المظاهر على الكفارة فى رواية ابن هانى . وأما العين فانواع :

(منها) الامانات التى حصلت فى يد المؤمن برضى صاحبها فلا يجب أدائها الا بعد المطالبة منه ودخل فى ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها (ومنها) الامانات الحاصلة فى يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة الى ردها مع العلم بمستحقها والتكفل منه ولا يجوز التأخير (٢) مع القدرة ودخل فى ذلك اللقطة اذا علم صاحبها والوديعة والمضاربة والرهن

(١) نسختنا الدار : اذا اتلفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

ونحوها اذا مات المؤمن وانتقلت الى وارثه فانه لا يجوز له الامساك بدون اذن لأن المالك لم يرض به وكذا من اطارت الريح ثوباً الى داره لغيره لا يجوز له الامساك مع العلم بصاحبه ثم ان كثيراً من الاصحاب قالوا ههنا الواجب الرد وصرح كثير منهم بان الواجب أحد شيئين اما الرد أو الاعلام كما في المغني والمحرم والمستوعب ونحوه ذكره ابن عقيل وهو مراد غيرهم لأن مؤنة الرد لا تجب عليه وإنما الواجب التمكين من الاخذ ثم ان الثوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير امساك له أم لا ، قال القاضي لا يحصل في يده بذلك وخالف ابن عقيل والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات هل يملكها بذلك أم لا ، وكذلك حكم الأمانات إذا فسدها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرح به القاضي في خلافه ، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد فان العلم هنا حاصل للمالك وكذلك جمل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها في يده بغير رضى المستحق وأوجب عليه البداء بالدفع وقاسها على اللفظة ونحوها فدل على ان فعل الدفع في هذه الأعيان عنده واجب وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين الموجرة بعد انقضاء المدة ، وذكر طائفة من الاصحاب في العين المؤجرة انه لا يجب على المستأجر فعل الرد ومنهم من ذكر في الرهن كذلك وسيأتي في القاعدة التي تليها وأما الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقييدها فالأظهر أنها من هذا القبيل لأن المالك لم يرض بابقائها في يد الآخر فيجب التمكين من الاخذ ابتداءً بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن وذكر ابن عقيل في الصداق أنه اذا تلف قبل المطالبة أو بعدها قبل التمكن من الأداء انه لا يضمن كسائر الأمانات وقاسه على من اطارت الريح إلى داره ثوباً ، وهذا الكلام فيه نظر فان الثوب لا يقف ضمانه على المطالبة لكن مراده والله أعلم أن العلم يكفي فتي كان المالك عالماً ولم يطلب فلا ضمان اذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده وهذا أحسن (ومنها) الأعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله فالأول كالعواري يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له قاله الاصحاب وهذا اذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه متوجه وسواء طالب المالك أو لم يطالب لأنها من قبيل المضمونات فهي شبيهة بالمقبوض وكذلك حكم المقبوض للسوم ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعه فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه لأن نقله على المشتري دون البائع ، والثاني كالغصب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما ، والثالث كالزكاة اذا قلنا تجب في العين فتجب المبادرة الى الدفع الى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر لأنها من قبيل المضمونات عندنا وكذلك الصيد اذا احرم وهو في

يده أو حصل في يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

(القاعدة الثالثة والأربعون)

فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لا يخلو اما يقضه باذنه أو بغير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعى كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفي كالمقذ لمال غيره من التلف ونحوه وحكى في التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً آبقاً ليرده فأبق منه فلا ضمان عليه لكن قد يقال هنا اذن شرعى في أخذ الآبق لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان في الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن في الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملكة عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فان كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لكونه رهناً عنده أو لاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذلاً له فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مبهما لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه في الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الحرقى والأصحاب لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التميز أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثاني لا يسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضى في خلافه في مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحاً عن احمد في الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللاً بأنها في ملك البائع وفي حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التميز وهو الصحيح فلا أنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهي ضمان جميع [الأعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] الا بحقيقة القبض دون التمكن منه والأول أظهر لأن الذى يجب على البائع التميز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشتري

(١) فى ٧١١ استند الضمان . وفى ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نخله . فى ٧١١ . التمكن

لأن فيه تفريعاً لملك البائع من ماله فيكون بتركه مفرطاً فينتقل الضمان إليه ويشهد له شراء الثمر في رهوس النخل فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه (١) المشتري أو لم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لانتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذي عليه القاضي والأكثر اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشتري من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال في مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .

(القسم الثاني) أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة إذا انتهت المدة أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثاني) أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن إذا وفي الدين وعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للأصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فإن كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له والا فلا وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب الكافي في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا أن كان عوضاً في بيع أو نكاح وكان متميزاً لم يضمن على الصحيح وإن كان غير متميز ضمن وإن كان في اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثاني) أن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضمان له لأنه بسبب إلى جعل ملك غيره في يده وإن استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل في يده هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب المغنى في مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الاذن في القبض إنما كان لازماً للوجوب الدفع للملك ولهذا يملك المشتري والمستاجر أخذه بدون إذنه فبعد زوال الملك لا يوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن في القبض فأنما اذن في قبض ماملك عليه فلا يكون اذنًا في قبض ملكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله فإن

كان مضموناً فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً لانه كان مضموناً على المشتري بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضى فى خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان فى الاجارة لان العين لم تكن مضمونة من قبل ، وصرح بذلك القاضى وغيره بوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لا تنقل ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع عليه بانها ملكه فكان اذا فى قبض ملكه بخلاف الاول حتى قال القاضى وابو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الاجرة ولا يكون ضامناً

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان فى الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب فى الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمه كما لو أطارت الريح اليه ثوباً وكذلك اختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين أن يفسخ العقد ففى الاول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكاً للأول ، وفى الفسخ يكون مضموناً لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضموناً (١) بغير عقد أو على وجه السوم فى صورة البيع ، ومن صرح بذلك الأزجى فى النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مسائل الرد بالعيب وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضاً على وجه السوم . ونقل الأثرم عن احمد بن دفع [الى] آخر ديناراً من شئ كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه واعطنى غيره فقال امسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئاً انما هو الساعة مؤتمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى بامساكه له فهو كإيداعه منه

(والنوع الثانى) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبه اذا رجع فيها الألب ، أو قيل بجواز فسخها مطلقاً كما أفتى به الشيخ تقي الدين فقيها وجهان : (أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضى وابن عقيل فى الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحاباً للأذن السابق والائتمان كما صرحوا به فى الاجارة وكذلك صرح به القاضى

(١) مقبوضاً (٢) نسختنا الدار . الامانات

وأبو الخطاب في خلافهما في بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره وثوباً، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاحتله إليه كما تقدم. والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض فإذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ (والوجه الثاني) أنه يصير مضموناً إن لم يادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضي في موضع آخر عن خلافه في الوديعة والوكالة وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما عتلا كون الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) وثيقة فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثم نهاه، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فإذا زال التصرف بقي الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فإذا زال صار ضماناً وحكم المقتضوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا.

(القسم الثالث) أن تحصل في يده بغير فعله كمن مات موروثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فاتقلت إلى يده فلا يجوز له الامساك بدون اعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأتئمه، وقد نص أحمد في رواية ابن هانئ في الرهن انه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده فان تلفت تحت يده قبل التمكن من الاداء فلا ضمان لعدم التفريط، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرج ابن عقيل في البيع، وان تلفت بعده فالمشهور الضمان لتعديده بترك الرد مع امكانه وهو غير مؤتمن، وحكى صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار إليه صاحب التلخيص انه لا ضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الاجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينهما فرق فان المستأجر مستصحب للاذن في القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته ثوباً كما سبق ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك وامساكه عن المطالبة فيكون تقريراً، ولو دخل حيوان لغيره أو عبده إلى داره فعليه أن يخرج ليذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليها بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

(١) التمكن : د (٢) في ٧١١ : فانه وثيقة (٣) يد : د

فصل

وأما ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام

(أحدها) ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون في ظاهر المذهب . قالوا لأن الأذن إنما تعلق بالاتفاق وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لأحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان لأن إذن الشرع تعلق بأحياء نفسه وجاء الأذن في الاتفاق من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم أقبضه العين كلها ففي المجرد والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل في فتونه وقال بل هو عارية حيث قبضه لينتفع به بلا عوض وهذا صحيح إن كان إذن له في الاتفاق به مجاناً ، أما إن طلب منه أجره فهي إجارة وإن لم يأذن له في الاتفاق بل في الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يعتق لموت الأول منها ويكون في يد الثاني (١) عارية فإذا مات عتق ذكره القاضي في المجرد .

(القسم الثاني) ما أخذه لمصلحة مالكة خاصة كالمدع فهو أمين محض لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله ففي ضمانه خلاف فن أصحاب من يبينه على أن قوله هل يقبل في ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله إماراً على تفريطه فيها وقد فرق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معاطاة (٢) وهو يرجع إلى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصي والوكيل بغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله في قبض ماله وأذن له أن يستوفي حقه منه فتلف المال قبل استيفائه فإنه لا يضمنه نص عليه أحمد في رواية مثني الأباري .

(القسم الثالث) ما قبضه لمنفعة تعود إليهما وهو نوعان :

أحدهما ما أخذه على وجه الملك فتبين فساده أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون في المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد ونقل ابن شيش وحرب عن أحمد ما يدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجرى الخلاف فيه ابن الزاغوني في فتاويه ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثواب إن أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالرهن وتأوله القاضي بتأويل بعيد جداً وقد رده (٣) أبو البركات في تعليقه على الهداية ثم اختاره هو

(١) نسختنا الدار : الباقي (٢) لعالمها معطاة (٣) في ٧١١ : ذكره

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضم نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندى أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندى تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه في المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده إلى مالكة فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا] (١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمنه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكى في ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمنه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبى موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وإن أخذه باذن مالكة من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فإن رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامرى الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه يبيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف إذا قلنا لم ينعقد البيع بذلك وفى كلام أحمد إيماء إلى ذلك لأنه عالج الضمان فى رواية ابن منصور بأنه ملكه وطل فى رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع ثمنه بأنه ملك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري ويؤخذ من ذلك أن المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لقاء الملك فيه لملكه ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار إيهما (٢) شاء فلا يضمنها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ما قال السامرى أنه يبيع بشرط الخيار ويكون المعلق على الرضا فسخه لاعتقده (والثانى) أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فقد فعله أحمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجاس وقد نص على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبى طالب ، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً فإنها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضمن على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نسختا البار : إيهما

معنى تعليل احمد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع اليه كيسا وقال له استوف منه قدر حقك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه في رواية الاثرم ويكون الباقي في يده وديعة وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض بالسوم والباقي أمانة ذكره في التلخيص ولو دفع الى غريم له نقدا من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيما بعد فهي امانة محضة نص عليه مع أنها قبضت للمعاوضة وقياس قول الاصحاب أنها مضمونة كما قالوا في الضامن اذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثاني) ما أخذ (٢) لمصالحتها على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة يجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضي وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستاجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه - من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين فالأول كالصيد اذا قبضه المحرم فانه يجب تحليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه في الاحرام أو كان في يده ثم احرم وان تلف قبل إرساله فان كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفريط وان كان قبله لزمه الضمان فيما ابتدأ قبضه في الاحرام دون ما كان في يده قبله لتفريطه في الأولى دون الثانية، هذا قول القاضي وصاحب المغنى ، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنها عين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالعواري والغصب

والثاني الزكاة اذا قلنا تجب في العين فالذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال فهي شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والثر في رهوس الشجر لا تنفأ قبضه وكال الانتفاع به ومن الاصحاب من خرج وجهها بسقوط الضمان قبل امكان الاداء مطلقا .

﴿ القاعدة الرابعة والأربعون ﴾

في قبول قول الأمانة في الرد والتلف اما التلف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للأمانة

(١) نسختنا: ليصادقه (٢) ما أخذه : د (٣) نسختنا: بنفعها (٤) نسختنا: غير

الاتقاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله في التلف والا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ويستثنى من ذلك الوديعة اذا هلك مال المودع على طريقة من يحكى الخلاف فيها في قبول [قول] المودع في التلف لا في أصل ضمانه وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل [فيها] حكى فيها رواية بالضمان فمن الاصحاب من جمعها رواية بثبوت الضمان فيها فلا تكون أمانة ، ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بامر خفى وهى طريقة [ابن] ابى موسى فلا تخرج بذلك عن الأمانة وأما الرد فالأمانة ثلاثة أقسام .

الاول من قبض المال لمنفعة مالكة وحده فالمذهب أن قولهم في الرد مقبول ونقل ابو طالب وابن منصور عن أحمد ان الوديعة اذا ثبتت بينة لم تقبل دعوى الرد بدون بينة وخرجها ابن عقيل على ان الاشهاد على دئع الحقوق الثابتة بالينة واجب فيكون تركه تفريطا فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الاصحاب في وصى اليتيم انه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة ، وعزاه القاضي في خلافه الى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ ، لان الاشهاد بالدفع الى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح ابو الخطاب في انتصاره باشتراطه الاشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثانى — من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور ان قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج ابو الخطاب وابو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد لانه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر .

القسم الثالث — من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكة كالمضارب والشريك والوكيل يجعل والوصى كذلك ففى قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم .

(أحدهما) عدم القبول ونص عليه احمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حاهد وابن أبى موسى والقاضى في المجرد وابن عقيل وغيرهم

(والثانى) قبول قولهم في ذلك وهو اختيار القاضى في خلافه وابنه أبى الحسين والشرىف أبى جعفر وابى الخطاب في خلافه ووجدت ذلك منصوفاً عن احمد في رواية ابن منصور في المضارب أيضاً في رجل دفع إلى آخر [ألف درهم] مضاربة فجاء بالف فقال هذا ربح وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك قال هو مصدق فيما قال ، ووجدت في مسائل ابى داود عن احمد نحو هذا أيضاً ، وكذلك نقل عنه مهنا في مضارب دفع الى رب المال كل يوم شيئاً ثم قال كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء وكذلك من يعمل في عين بجزء من ثمنها لانه إما أجير أو

شريك والفرق بينهم وبين المستأجر ان المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه فصار حفظه لنفسه وعار المال (١) في أيديهم امانة لاحق لهم فيه وانما حقهم فيما ينمي منه أوفى ذمة المالك فاما من يعمل في المال بجزء من عينه فهو كالوصي الذي يأكل من مال اليتيم القول قوله في الرد أيضاً صرح به القاضي لأن المال لم يقبضه لحق نفسه بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتن والمستأجر - ثم هاهنا أربعة أقسام

(أحدها) أن يدعى الأمين أنه رد الأمانة إلى من ائتمنه وهذا هو الذي ذكرناه

(والثاني) أن يدعى الرد إلى غير من ائتمنه باذنه فهل يقبل قوله على وجهين (أحدهما) وهو المنصوص وهو اختيار أبي الحسن التيمي أنه يقبل قوله (والثاني) لا يقبل فقيل لتفريطه بترك الأشهاد على المدفوع إليه فلو صدقه الأمين على الدفع لم يسقط الضمان وقيل بل لانه ليس أميناً للأموال بالدفع إليه فلا يقبل قوله في الرد إليه كالأجنبي وكل من [هذه] الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرقى بل ونسب إليه أن دعوى الوصي الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق فربما أطرده هذا في دعوى الرد من جميع الأمانة إلى من ائتمنهم وهو بعيد جداً وربما اختص بالوصي لأن ائتمانه ليس من جهة الصبي فهو كالأجنبي معه هذا ، اذا ادعى الرد باذن المالك وان ادعاه مع عدم اذنه فلا يقبل منه حتى ولا الاداء إلى الوارث والحاكم لأنها لم ياتمناه نقله في التلخيص إلا أن يدعى الرد إلى من يده كيد المالك كوكيله او رد الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله لأن أيديهم كيده ، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول لقيامها مقام المؤتمن وهو رد مبرىء القسم الثالث - أن يدعى غير الأمين كوارثه أن الأمين رد إلى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله ، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول لأن الأصل عدم حصولها في يده وجعل أصل أحد الوجهين فيما اذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد في تركته ولم يعلم بقاؤها عنده أنها لا تضمن ولا حاجة إلى التخرج إذا لأن الضمان على هذا الوجه منتف سواء ادعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً .

القسم الرابع - أن يدعى من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه والمقتطع بعد ظهور المالك ومن اطارت الريح إلى داره ثوباً اذا

(١) نسخنا الدار : وهو لا المال

ادعوا الرد الى المالك ، ففي التلخيص لا يقبل لأن المالك لم يأتمنه ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف لأنه مؤتمن شرعا في هذه الحالة

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول في دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيلا بجعل ذكره القاضي في الأحكام السلطانية لأن الصدقة عبادة فلا استحلاف فيها ولذلك لا يستحلف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكر فكذلك العامل لأنه أمين لأربابها فيقبل قوله عليهم في الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع الا بيينة أو تصديق ذكره القاضي أيضاً وعلى بان الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه الى مستحقه وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول في ذلك كما سبق والآخر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعا فالقول قوله وان كان يجعل ففيه وجهان وكذلك يخرج في عامل الوقف وناظره

(القاعدة الخامسة والأربعون)

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا . المذهب أن الأمانة المحضنة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) اذا تعدي في الوديعة بطلت ولم يحزله الامساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضنة وقد زالت بالتعدي فلا تنود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ، ولو كانت عينين فتعدي في إحدهما فهل يصير ضامنا لها أو لما وجد فيه التعدي خاصة فيه تردّد وذكره القاضي أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغوني أنه اذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه باماتته فمضى وجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فانت أمين فانه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضي (ومنها) الوكيل اذا تعدي فالمشهور ان وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامنا ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص لأن الوكالة إذن في التصرف مع استئمان فاذا زال أحدهما لم يزل الآخر هذا هو المشهور على هذا فانما يضمن ما [وقع] فيه التعدي خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لانه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال الا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة

وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضى فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الاذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضى في خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتوان والاذن في التصرف كان منوطاً به (ومنها) الشركة والمضاربة إذا تعدى فيها فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الاذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة (ومنها) الرهن اذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه ولم تبطل توثيقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالاً بطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتحن على الراهن لاسيما إن كان مشروطاً في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فان الراهن يجبر على تقييضه فكيف يزول بالتعدى (ومنها) اذا استأجره لحفظ شيء مدة لحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل الاجارة فيه وجهان قال ابن المثنى أصحهما لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً . وفي مسائل ابن منصور عن أحمد اذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً فجاء اليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئاً من الاجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة وبذلك أفنى ابن عقيل في فتونه (ومنها) الوصى اذا تعدى في التصرف فهل يبطل كونه وصياً أم لا ذكر ابن عقيل في المفردات [فيه] احتمالين أحدهما لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامناً كالوكيل والثاني تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بائتفاء شرطها كالحاكم اذا فسق . وفرض المسألة فيما اذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذى بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدّر هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغنى أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الاذن وهو منتقص بالوكيل ؛ ولهذا ألحقه القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول ببيع الوكيل فصحاحه وضمناه النقص ومثله اجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل .

(القاعدة السادسة والأربعون)

فى العقود الفاسدة هل هى منعقدة أولا وهى نوعان أحدهما العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة . وقد ذكرنا آنفاً أن افسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالاذن لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة الا مقيدة بالفساد . وصرح القاضى فى خلافه بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من اصلها أنها شركة حثت قال ويمنع من التصرف فيها والمنع من

التصرف مع القول بنفوذ وبقاء الاذن مشكل لاسيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى والنوع الثاني : العقود اللازمة فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالأحرام فهو منعقد لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه ، وما كان العبد متمكنا من الخروج منه بقوله فهو منقسم إلى قسمين : أحدهما ما يترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسرابة والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليها الطلاق والعق فلقوتها ونفوذها انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعمها أحكام كثيرة من أحكام العقد ففى النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالحلوة وتعتد فيه من حين الفقرة لا من حين الوطء وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق وفي الكتابة تستتبع الأولاد والآكساب والثاني : ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة فالمعروف من المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب وخرج أبو الخطاب في انتصاره صحة التصرف في البيع الفاسد من النكاح واعترضه أحمد الحارثي في تعليقه وقال النكاح الفاسد منعقد فهذا صح التصرف فيه بخلاف البيع ولكن أبو الخطاب قد لا يسلم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره لأنه يرى أن المجامع يحل من أحرامه وأن الطلاق في النكاح الفاسد إنما يقع بمن يعتقد صحته فمن هنا حسن عنده هذا التخرج اذ البيع والنكاح في هذا على حد واحد وأبدي ابن عقيل في عمده احتمالا بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد قال ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الإقالة بصحة العقد لا يؤثر . وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد وفرق بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه فنفذ بخلاف العتق فإنه يسقط به حق غيره وهو البائع وهذا كله يشعر بانعقاد البيع وذكر ابن عقيل في فصوله احتمالا في ما إذا قال لغيره بعد نداء الجمعة اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الأمر له ولكن هذا عقد موضوع للعتق والمملك تابع [له] فهو كالكتابة بخلاف البيع فإن قيل فهل لا قلتم أن صحة التصرف في البيع الفاسد مستند إلى الاذن كما في العقود الجائزة إذا فسدت قيل ذلك لا يصح لوجهين :

(أحدهما) أن البيع وضع لنقل المملك لا للاذن . وصحة التصرف فيه تستفاد من المملك لا من الاذن بخلاف الوكالة فإنها موضوعة للاذن ، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله أن يتصرف له وقد فعل ما أمره والبائع إنما أذن للمشتري في التصرف لنفسه بالمملك ولا مملك هنا ، (والثاني) أن الاذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فإذا لم يسلم العوض انتفى الاذن والوكالة اذن مطلق بغير شرط .

(القاعدة السابعة والأربعون)

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده .
وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . ونعني بذلك أن العقد الصحيح اذا
كان موجباً للضمان فالفساد كذلك واذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفساد كذلك فالبيع
والاجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والامانات كالمضاربة . والشركة
والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة . فكذلك مع الفساد
وكذلك الصدقة ، فاما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقتلناه الرجوع به أنه اذا
تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشئ . لأنه وقع صحيحاً لكنه مراعى فان بقى النصاب
تينا أنه قبض زكاة ، وان تلف تينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها . نعم اذا ظهر قابض الزكاة
من لا يجوز له أخذها فانه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز
له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد . وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح
وضمن في مثلها من الفاسد فان البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وانما يضمن العين بالثمن .
المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الاجرة فيه على المذهب . والاجارة الصحيحة تجب [فيها]
الاجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء اتفع بها المستأجر أو لم يتفع ، وفي الاجارة الفاسدة
روايتان : إحداهما كذلك والثانية لا تجب الاجرة إلا بالاتفاق ، ولعلها راجعة الى أن المنافع
لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالاتفاق وهو الأشبه . وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع
ههنا ، ولكن نقل [جماعة] عن احمد ما يدل على ان الاجارة الصحيحة لا تجب فيها الاجرة إلا
بقدر الاتفاق اذا ترك المستأجر بقية الاتفاق بعذر من جهته ، وتاؤها القاضي وابن عقيل وأقرها
صاحب شرح الهداية والقاضي أيضاً في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة
بدون الوطى ، وفي النكاح الفاسد روايتان أيضاً وقد قيل إن ذلك مبنى على أن البضع هل يثبت
عليه اليد أم لا . وقد نقل عن احمد فيما اذا نكح العبد نكاحاً فاسداً أنه لا مهر لها وهو محمول على
أنه لم يوجد دخول أو على أنها كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية . ونقل ابن مشيش وحرب عنه
أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في
المذهب على خلافه ، اذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو بقيمة المثل فيه
خلاف في مسائل :

(منها) المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه احمد في رواية ابن

منصور وأب طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وإنما يترتب الضمان بأمر آخر طار على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند اقباضها بشئ ثم تلفت فانه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك هنا ، وحكى القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول فى الكتابة عن أبى بكر عبد العزيز ان المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال انه قياس المذهب أخذاً له من النكاح قال لأن اقباضه إياه اذن له فى اتلافه بالعوض المسمى فأشبهه ماله قال له اتلفه بألف درهم فأتلفه فانه لا يستحق [عليه] غير ماسمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جمل عوضاً عن الملك لا عن الاتلاف ولم يتضمن العقد اذناً فى الاتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب الضمان بسبب متجدد (ومنها) الاجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل ايضاً ويتخرج على قول أبى بكر انها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالقول فى البيع سواء (ومنها) الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فاذا أدى ماسمى فيها حصل العتق ولم يارمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام احمد ، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا ان الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريرها كما لو قال لعبده ان أعطيتنى خيراً فانت حر فاعطاه عتق اوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده ان الكتابة عقد معاوضة أبداً وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينقصد بعوض محرم بل هو عنده باطل (ومنها) النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى فى الرواية المشهورة عن أحمد وهى المذهب عند أبى بكر وابن أبى موسى واختارها القاضى وأكثر اصحابه فى كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساد منه عقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة فى الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح بوضحه ان ضمان المهر فى النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه فى الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فان ضمانه ضمان عقد ، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذاً من رواية المروذى عنه فى عبد تزوج بغير اذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخسين ، وأنا أذهب الى ان يعطى شيئاً فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقى وصاحب المغنى ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أتكحت نفسها [أن] لها المهر بما استحل منها فوجب المهر بالاستحلال وهو الاصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما

وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل . وهذا ضعيف فان الاستحلال يحصل بمحاولة الحل وتحصيله وان لم يوجد الوطء . وقد يطلق على استحلال ما لم يحل من الأجنبية مثله وهو الخاوة او المباشرة وذلك مقرر عندنا للمهر . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للملاعن مثل ذلك وليس محمولا عندنا الا على [مثل] ما ذكرنا لا على حقيقة الوطء ، فاما عقود المشاركات اذا فسدت كالشركة والمضاربة فهل يجب لمسمى فيها أو أجرة المثل فيه خلاف بين الأصحاب وليس ذلك بما نحن فيه لأن كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض ، وإنما يجب له فيها العوض بعمله أما المسمى وأما أجرة المثل على خلاف فيه .

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون ﴾

كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد وبطرد هذا في البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد ، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله وكذلك الكتابة تملك القيد منافعه واكتسابه وتملك عليه النجوم بنفس العقد ، وكذلك الخلع والاعتاق على مال ، وكذلك المعاوضات القهرية كـ أخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشقص ونحوهما ، وأما تسليم العوضين فمتى كان أحدهما مؤجلاً لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر وان كانا حالين نفى البيع ان كان الثمن ديناً في الذمة فالمذهب وجوب اقباض البائع أولاً لأن حق المشتري يتعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات ، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من اقباضه حتى يحضر الثمن لأن في تسليمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه فلا يلزم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب في انتصاره : الصحيح عندي أنه لا يلزمه التسليم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح وان كان عيناً فهما سواء ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما فان كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الاجارات من خلافه وصرح به الأزجى في نهايته ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون اذن صريح من البائع نص عليه احمد في رواية ابن الشالنجي (١) . وأما في الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلّم العين وجب عليه تسليم الأجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن في نسختي الدار

الاتفاق بقبضها نص عليه أحمد، وقال القاضي في تعليقه إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة . ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص لأن منافعه تتلف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار ، وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم باجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه ، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في آخره لأن ذلك مقتضى العرف ، وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطلقة غير معينة كاستئجاره كل يوم بكذا فإنه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم بالعمل فيما بعده . ولأن مدته لا تنتهي فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها أو على أن المدة معينة إذا عينا لكل يوم منها قسطا من الأجرة فهي إجازات متعددة وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب ذكره الخرق والأصحاب ، ونقله ابن المنذر اتفاقا من العلماء وعلمه الأصحاب بأن المنفعة المعقود عليها تناف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فلذلك ملكت الامتناع من التسليم حتى تقبضه وهذه العلة موجودة فيما لا يتبأنى من المبيع من المطعمات والمشروبات والفواكه والرياحين . بل في سائر التجارة أيضا . وهذا مما يرجع ما أخناره أو الخطاب وأيضا فطرد هذا التعايل أن يجوز الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتى تستوفي الأجرة لأن المعقود عليه يتلف أيضا ويستهلك فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول إلى الأجرة لكن قد يفرق بينهما بأن الزوج إذا تسلم المرأة فإنه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر فإذا تعذر أخذ المهر منه قات على الزوجة المهر وما قبله ، وأما في الإجارة فإذا تسلم المستأجر العين المؤجرة فله المؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة فإن تعذر حصولها ملك الفسخ نيرجع إلى المؤجر ماخرج عنه أو غلبه وهذا إذا كانت الزوجة ممن يمكن الامتناع بها فإن كانت لا تصاح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضا ورجع صاحب المغنى خلافه وخرجه صاحب الترغيب عما حكى الأمدى أنه لا يجب البداءة بتسليم المهر بل يعدل كالثمن المعين فلا يلزم تسليم المهر الا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ تقي الدين الأشبه عندى أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بإزاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه إلا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول ثم نشزت المرأة فلا نفقة لها ولها أو لوليها أو لوليها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

(القاعدة التاسعة والأربعون)

القبض في العقود على قسمين :

أحدهما : أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها الثاني : أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم والربويات وفي الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفي بيع غير المعين أيضا على خلاف فيه ، فأما السلم فتى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل وكذلك في الربويات ، وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيها في جميع الأعيان أو في المبهم غير المتميز كقفيز من صبرة على روايتين ، وأما الوقف ففى لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان ، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول في المبهم فيه وجهان . واختار القاضى وابن عقيل أنها لا تلزم فيه بدون قبض ، وخرج صاحب المغنى وجه ثالثا أنها لا تلزم بدون القبض مطلقا كالهبة ، وكذلك حكى صاحب المغنى وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف هل يبطل برده ، وصرح القاضى في المجرد بأن الملك فيه لا يلزم بدون القبض وأما المبيع المبهم فذكر القاضى في موضع أنه غير لازم بدون القبض وذكر في موضع آخر [أنه] لازم من جهته [ولم يتعرض للمشتري ولعله جعله غير لازم من جهته البائع] لأنه لم يدخل في ضمانه بعد واختار صاحب المغنى أنه لازم في حقهما جميعا وقال هو ظاهر كلام الخرقى

واعلم أن كثيرا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرا للزومها واستمرارها لا لانعقادها وإنشائها ومن صرح بذلك صاحب المغنى وأبو الخطاب في انتصاره وصاحب التاخيص وغيرهم ، ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطا للصحة ومن صرح بذلك صاحب المحرر فيه في الصرف والسلم والهبة ، وقال في الشرح : مذهبنا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض وفرع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقتلنا يعتبر في هبته القبض فقطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالايجاب في غيرها وكلام الخرقى يدل عليه أيضا ، وكذلك ذكر القاضى أن القبض شرط في صحة الصرف والسلم وصرح به كثير من الأصحاب ، ولكن صاحب المحرر لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه ، وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته وأن الرهن يبطل بزواله وكذلك صاحب المحرر في شرح الهداية والشيرازى وغيرهما . وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقان أحدهما لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة وهى طريقة المجرد

والمبهي ونص عليه احمد في مواضع ، والثانية أنه في المهم لا يملك بدون القبض بخلاف المعين فانه يملك فيه بالعقد وهي طريقة القاضى في خلافه وابن عقيل في مفرداته والحلوانى وابنه الا انهما حكيا في المعين روايتين كالهبة ، وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض اذا عينه الامام بغير خلاف صرح به الحلوانى وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض ان قيل انها هبة منفعة وخرج القاضى فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهبه الأعيان وتلزم اذا كانت مؤقتة وان قيل هي إباحة فلا يحصل الملك فيها بحال بل يستوفى على ملك المالك كطعام الضيف قال الشيخ نفى الدين التحقيق أن يقال في هذه العقود اذا لم يحصل القبض فلا عقد وان كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد فكما يقال اذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم انتهى ، ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة . وفي الهبة وجه ثالث حكى عن ابن حامد أن الملك فيها يقع مراعى فان وجد القبض تبين انه كان للموهوب بقبوله والا فهو للواهب ، وفرع على ذلك حكم الفطرة وقد يطرد قوله بالوقف والمراعاة الى بقية هذه العقود . وأما البيع الذى يعتبر له القبض ففى كلام أبى بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض أيضا فانه قال اذا اشتراه كيلا فلا يقع بينهما الا كيلا وتأوله القاضى على نفى الضمان وهو بعيد قال لأن احمد قيل له في رواية ابن مشيش أليس قد ملكه المشتري قال بلى ولكن هو من مال البائع يعنى اذا تلف ، قلت : ولكن صرح احمد في رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض فقال أما ما يكال ويوزن فلا بد للبائع ان يوفيه المبتاع لأن ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري وما لا يكال ولا يوزن اذا كان معلوما فهو ملك للمشتري فما لزمه من شيء فهو عليه ، وقال أيضاً فى طعام اشترى بالصفة ولا يحول البائع الثمن والبائع مالك بعد ما لم يكله المشتري وهذا صريح لا يمكن تأويله ، فيكون اذا عن احمد في انتقال الملك في بيع المكيل والموزون بدون القبض روايتان .

(القاعدة الخمسون)

هل يتوقف الملك فى العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً فى الذمة هذا على

ضربين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فانه يأخذه

مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه فى الحال أو لا لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك

والثاني : ما عده من التمليكات المشروعة لازالة ضرر ما كالاخذ بالشفعة واخذ الفراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الغاصب وتقويم الشقص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فان لا صحابا في الاخذ بالشفعة وجهين :

أحدهما : لا يملك بدون دفع الثمن وهو محكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد أنه اذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفيعته .

والثاني : تملك بدونه مضمونا في الذمة، ونص احمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب : قلت لأحمد يقولون اذا كان له الخيار فتي قال اخترت دارى أو أرضى فالخيار له ويطلب بالثمن قال [كيف] له الخيار ولم يعطه ماله ليس هذا بشئ ان أعطاه فله الخيار وان لم يعطه ماله فليس له الخيار ، واختار الشيخ تقي الدين ذلك ، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل لأن التسليط على اتزاع الأموال قهراً ان لم يقتزن به دفع العوض والا حصل به ضرورة فساد . وأصل الاتزاع القهرى انما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر ، وقد يفرق بين مسألة أبى طالب وبقيّة المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوّض ، وذلك ممتنع ولا يوجد مثله في بقية الصور اذا أكثر ما فيها التملك ويعوض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره .

تنبيه — الاملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك الا يملك بها ، أما الاول فيحصل التملك القهرى بالاستيلاء على ملك الغير الاجنبى بخلاف الاختيارى ، وأما الثانى فالتملك القهرى كالاخذ بالشفعة هل يشترط منفعة كالباع أم لا لانه قهرى كالميراث قال فى التلخيص فيه تردد ، وأما الثالث . فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهرى ، وللمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن ، وان قلنا يملك بدونه وينفذ تصرف الشفع فيه قبل قبضه ، وهل يثبت له فيه خيار المجلس على وجهين قال فى التلخيص ويخرج التردد فى الجميع نظرا الى الجهتين . وأما الرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالارث ويرده عليه بعيب ونحوه فى أحد الوجهين وباستيلاد المسلم أمته وبالقهر ، وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وتملك بالميراث الخمر والكلب كذا الصيد فى حق المحرم على أحد الوجهين ولا يملك ذلك كله بالاختيار .

(القاعدة الحادية والخمسون)

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد والعقود نوعان :

أحدهما - عقود المعاوضات المحضة فينتقل الضمان فيها الى من ينتقل الملك اليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة اذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين فأما المبيع المبهم غير المتعين كقفيز من صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفي كياله وتمييزه أم لا بد من نقله وحكي الاصحاب فيه روايتين ثم لهم طريقان : منهم من يقول هل التخلية قبض في جميع الاعيان المبيعة أم لا بد من نقله ، حكي الاصحاب فيه روايتين ، ومنهم من يقول التخلية قبض في المبيع المتعين رواية واحدة ، وفيما ليس بمتعين اذا عين وخلى بينه وبينه روايتين وكلا الطريقتين مسلك القاضي في خلافه وله طريقة ثالثة سلكها في المجرى أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة ، وذكر قول أحمد في رواية [محمد بن] (١) الحسن بن هارون قبضه كياله والتخلية قبض في المعينات على روايتين وهذه أصح (٢) مما قبلها وقد فرق أحمد بين المبهم فجعل قبضه كياله وبين الصبرة فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم لأن المبهم اذا كيل فقد حصل فيه التمييز وزيادة وهي اعتبار قدره وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها ، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كياله وتمييزه كسائر الاعيان المتميزة وما عدا ذلك من الاعيان المتميزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحيازة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتمكن من قبضه وقد حصل ، الا اثر المشتري في رموس شجره فان المشتري لا يتمكن من تمام (٣) قبضه في الحال بحيازته اليه ؛ وكذلك ما لا يتأق نقله في ساعة واحدة لكثرتة فانه لا ينتقل الى ضمانه الى المشتري الا بعد مضي زمن يتأق فيه نقله عادة صرح به القاضي وغيره فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة وحكم المبهم المشتري بعدد او ذرع كذلك وأنكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعدود فيه ولعل مراده اذا اشترى صبرة ، وأما المشاع فكل المتعين لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على

(١) الزيادة عن نسختي الدار (٢) نسختا الدار : أوضح (٣) نسختا الدار : كمال

افرازه كذلك ذكره القاضى وابن عقيل والصبرة المتباعدة كيلا أو وزنا كالفيز المبهم عند الحرق وأبى بكر والأكثرين لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فان زيادتها له ونقصها عليه وفي التلخيص ان بعض الاصحاب خرج فيها وجها بالحاقها بالعبد والثوب بناء على ان العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف، قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف لقوله عليه [الصلاة والسلام] الاهاه وهام ومراده: أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهات ونقل صالح عن احمد فمن اشترى عبدا فمات في يد المبتاع هو من مال المبتاع الا ان يقول المبتاع تسلمه فلا يتسلمه وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع الا ان يتمتع المشتري من تسلمه بعد عرضه عليه فيدخل في ضمانه، ونقل حنبل عنه اذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلغ فهو من مال البائع، وان نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض، فأما المبيع في مكان او زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسألة تباع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب اذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن احمد في ضمانه روايتان، كذا حكى الأصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده [وظاهر] كلام ابن عقيل التفريق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولاً واحداً كالثمر المعلق في روس الشجر لتعرضه للآفات وفيه نظر فان الثمر لم يتمكن المشتري من قبضه تماماً بخلاف المبيع المميز في دار الحرب، وخص أكثر الأصحاب ذلك بمال الغنيمة لأن تطلب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معلوم بخلاف غيرها من أموال المسلمين وحكى ابن عقيل في تباع المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب اذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجهين كمال الغنيمة فأما ما يبيع في دار الاسلام في زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولاً واحداً ذكره كثير من الأصحاب كشراء من يغلب على الظن هلاكه كريض ميثوس منه أو مرتد أو قاتل في محاربة أو في زمن طاعون غالب، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده فأما الأعيان المملوكة بعقد غير البيع كالصاح والنكاح والخلع والعق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب (١) قال في المغنى ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن العداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقاً فانه نص فيما اذا أصدقها غلاماً ففقت عينه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضى على أن الزوج فقاً عينه

او انه امتنع من التسليم حتى فقت عينه فيكون ضامناً بلاريب ويمكن ان يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الاعيان لا تنتقل الا بالقبض في البيع وغيره وخرجها بعض الاصحاب رواية عن احمد من نصه على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فن الاصحاب من تأولها على انها ينعت كيلا ، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جزافاً ، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الاعيان المتميزة وماخذ ذلك ان علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض لان تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الاعيان على البائع قبل القبض وهي ضعيفة فان البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فاذا وجد منه فقد قضي ماعليه ، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه ، فكيف يكون تعديه بشغل ارض المالك بملكه من غير اذنه او مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع ، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي بل هو شبيه بالهبة ، ولهذا سماه الله تحلة فلا ينتقل ضمانه الى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة ، وهذا كله في الاعيان . فأما المنافع في الاجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض او التمكين منه او تفوته باختياره فان استوفى المنافع فلا كلام وان تمكن من استيفائها بقبض العين او تسليم الأجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه ايضاً لتمكنه من الاتفاع .

والنوع الثاني : عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية ، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فيهما خلاف سبق فاذا قيل لا يملك بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفي بالقبض فيها بالتخلية على رواية كالبيع ام لا بد من النقل ، جمهور الاصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع في كيفية القبض ، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفي التمكين ههنا في الزوم ففى أحمل الملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فان العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفي فيه التمكين . وان قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي ان يكون مضموناً على المملك اذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الاصحاب يشهد لذلك .

وأما الوصية اذا ثبت الملك للموصى له اما بالموت بمجرد من غير قبول او بالموت مراعى بالقبول او بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة فان ضمانه من حين القبول

على الموصى له من غير خلاف نعلمه اذا كان متمكناً من قبضه وأما [ما] قبل القبول ففيه وجهان :
 أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام أحمد والخرق وصرح به القاضي وابن
 عقيل في كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكوا فيه خلافاً . وهذا لأننا
 ان قلنا يملك بمجرد الموت أما مع القبول أو بدون هو ملكه فإذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما
 لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود ، وإن قلنا لا يملكه إلا من حين القبول فلا نحقه تعلق بالغير (١)
 تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص
 أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن إبطاله فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل
 له الملك كما في ربح المضاربة إذا قلنا لا يملك إلا بالقسمة ونصف الصداق إذا قلنا لا يملك إلا
 بالتملك والمغانم إذا قلنا لا تملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فإن الحق فيها يمكن إبطاله .
 والوجه الثاني : لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في المحرر لأنه إن
 قيل لا يملك إلا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه ، وإن
 قيل يملك بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل مالو تافت قبل القبول فإنها تلف من التركة
 لأن مال الموصى له فكذلك أجزاؤها ، لأن القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت إلا أن
 ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه
 ملك ، نعم إن قيل يملك بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كالوروث
 وهذا كله في المملوك بالعقد فأما مملك بغير عقد فتوعان :

أحدهما : الملك القهري كالميراث وفي ضمانه وجهان أحدهما أنه يستقر على الورثة بالموت إذا
 كان المال عيناً حاضرة . يتمكن من قبضها قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار
 وعبد قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرق الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له
 وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرق وأكثر الأصحاب ، لأن ملككم استقر بثبوت سبيه
 اذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد فأشبهه ما في يد المودع ونحوه بخلاف
 المملوك بالعقود لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع يبدله فلذلك اعتبر له القبض
 وأيضاً فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكّن من القبض فالميراث أرل ، وقال القاضي
 وابن عقيل في كتاب العتق لا يدخل في ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا
 به فأشبه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه ، فعلى هذا إن زادت التركة قبل القبض

(١) نسختا الدار بالعين (٢) نسختا الدار أن يكون ضمانه عليه بكل حال

فالزيادة للورثة، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة مابقى بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه إلا أن يقال إن الموصى له يملك الوصية بالموت بمجردة أو مراعى بالقبول فلا تزاحمه الورثة لأن ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيتخصص به كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله، وعلى ذلك خرج صاحب الترخيب وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور، والاول أصح لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة والتمكن [من] قبضها بغير خلاف ولو لم يدخل في ضمانهم إلا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من الدين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقي على قبض الورثة فكلما قبضوا شيئاً أخذ من الموصى به بقدر (١) ثلثه كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يتمكن من قبضه

والنوع الثاني : ما يحصل بسبب الأدمى (٢) يترتب عليه الملك فإن كان حيازة مباح كالاحتشاش والا حطاب والاعتنام ونحوها فلا اشكال ولا ضمان هنا على أحد سواء، واو وكل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم الشركة والوكالة وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يتعين في المذهب المشهور إلا بالقبض، وعلى القول الآخر يتعين بالاذن في القبض فالمعتبر حكم ذلك الاذن

(القاعدة الثانية والخمسون)

في التصرف في المملوكات قبل قبضها : وهي منقسمة الى عقود وغيرها فالعقود نوعان : أحدهما : عقود المعاوضات وتنقسم الى بيع وغيره ، فأما المبيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان متلازمان فإن كان البيع مضموناً على البائع لم يجز التصرف فيه للشترى حتى يقبضه وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له التصرف فيه ، وصرح بذلك القاضى في الجامع الصغير وغيره . وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالى الضمانات . وفي المذهب طريقة أخرى وهي أنه تلازم بين التصرف والضمان فيجوز التصرف والضمان على البائع كما في بيع الثمرة قبل جدها فانه يجوز في أصح الروايتين . وهي مضمونة على البائع ويمتنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جزافاً على إحدى الروايتين ، وهي اختيار الحرقى مع أنها في ضمان المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فانهم حكوا الخلاف في بيع الصبرة مع عدم الخلاف في

كونها مضمونة على البائع، وعن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرّد والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني وابنه وغيرهم. وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان: قبض يبيح التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل والضمّان وهو القبض التام المقصود بالعقد، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبهّم أو جنس المكيّل والموزون وإن ينع جزافاً أو المطعوم خاصة مكيلاً أو موزوناً كان أو غيرهما أو المطعوم المكيّل أو الموزون ونقله منها عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكروا في الضمان ذلك، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض معللاً بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان ملازماً له، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان وهو صحيح على ما ذكره فإنه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لا ضمان ولا منع من التصرف إلا في المبهّم خاصة ولم يبين أنه لا لازم بين التصرف والضمان أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيّل إذا قبض جزافاً فانتقل الضمان فيه إلى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيّله وبيع الدين من هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضموناً على مالكه وكذلك المالك يتصرف في المقصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض، والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشقص المشقوق جماعة ثم انتزعه الشفع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشتري في رموس الشجر وباجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضاً ينتقض تعليل ابن عقيل، وبيع الدين من هو عليه، لأن البائع وفي عليه بالتخيلة والتمييز فلم يبق له علقه في العقد، وعلل أيضاً بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للافات، وهو يقتضى المنع في جميع الأعيان، وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهى عن ربح مالم يضمن حيث كان مضموناً على بائعه فلا يربح فيه مشترته، وكأنه حمل النهى عنه هو الربح على النهى عن أصل الربح لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهى عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من اجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل الاجرة لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع

في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فكره أحد ربحه لدخوله في ربح مالم يضمن وأجاز أصل البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح لئلا يكون ربحاً قيماً لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكة يجوز بيعه بغير ربح ويُلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والتمر على رهوس النخل وغيرهما مالم يضمنه البائع ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به مالم يكن للتجارة وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من بائه حتى يكيّله . واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً ، فإن قيل إنها بيع لم يصح والاصح ، وعن أبي بكر أنه منعها على الروایتين بدون كيل ثان لأنها تجديد ملك ، ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لأن أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه (١) بيعه من الشريك الذي حضر كيّله وعلمه من غير كيل آخر فالبايع أولى ، وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الاجارات رواية (٢) في جواز بيعه قبل القبض من بائه خاصة [و] ذكرنا مأخذها ، وهو اختلاف الروایتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان طعاماً مكيفاً أو موزوناً قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه في البيع فانهما خصا فيه الروایتين بما في الذمة سواء كان طعاماً أو غيره هذا في التصرف فيه بالبيع : وأما غيره من العقود فقال القاضي في المجرد وابن عقيل لا يجوز رهنه ولا هبته ولا اجارته قبل القبض كالبيع ، ثم ذكرنا في الرهن عن الأصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه لأنه لا يؤدي إلى ربح مالم يضمن بخلاف البيع ، وفي هذا المأخذ نظر لأن الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه لأنه يفضى إلى البيع لكن تركه في يد البائع لا يطول غالباً وقبضه متيسر فلذلك يصح رهنه ، وعلى ابن عقيل المنع من رهنه لأنه غير مقبوض ولا متعين ولا متعين وفيه ضعف لا مكان تمييزه وقبضه . وعلى مرة أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما فكيف ينبنى عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض . وللأصحاب وجه آخر أنه أنه يجوز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه في المبيع لعدم تأني القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود . ومن الأصحاب من قطع بجواز جملة مهرأ معللاً بأن ذلك غرر يسير يغتفر في الصداق

(١) ابن منصور عنه ٧١١ (٢) نسختنا الدار : روايتين

ومنهم صاحب المحرر، وهذا وجه ثالث .

هذا كله في المبيع ، فأما ثمنه فإن كان معينا جاز التصرف قبل قبضه ، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أولا ، وصرح به القاضى وان كان مبهما لم يحز الا بعد تمييزه ، وان كان دينا جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه . ذكره القاضى وابن عقيل ولم يخرجوا المعاوضة على الخلاف فى بيع الدين من هو عليه . وقد حكى فى ذلك روايتين والاكثر أن أدخلوه فى جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر بالقيمة فى رواية الأثرم (١) وابن منصور وحنبلى . ونقل عنه القاضى البرقى فى طعام فى الذمة هل يشتري به شيئا من عليه فتوقف قال فقلت [له] لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب فكان أنه أجاز من غير أن يوضحه إيضاحاً بيناً ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقدين من الآخر يجوز من غير خلاف لحديث ابن عمر فى ذلك ، والخلاف فى المعاوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضى وابن عقيل فى الصرف فى ذلك خلافاً ، والمعنى فى ذلك أن النقدين لتقاربهما فى المعنى أجرياً مجرى الشئ الواحد فأخذ أحدهما عن الآخر ليس بمعاوضة محضة بل هو نوع استيفاء ، وقد صرح بذلك أحمد فى رواية أبى طالب قال : ليس هو ببيع وإنما هو اقتضاء ولذلك لم يحز الا بالسعر لأنه لما كانت المماثلة فى القدر لاختلاف الجنس اعتبرت فى القيمة ، وهذا المأخذ هو الذى ذكره صاحب المغنى . ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهى عن ربح مالم يضمن ، وأما القاضى فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضى وابن عقيل فى الاجارة ، أن ما فى الذمة اذا كان مكسباً أو موزوناً لم يحز بيعه قبل قبضه لأجنبى رواية واحدة وفى بيعه لمن هو فى ذمته روايتان لأنه قبل القبض بهم غير متمين ، وهذا الكلام فى التصرف فى المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فمضى ضربان :

أحدهما : ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الاجرة المعينة والعوض فى الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف فى المنافع المستأجرة فإن كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه ومن يقوم مقامه ، وإن كان باجارة صح أيضاً بعد قبض الدين ولم يصح قبلاها الا للدوَجَر على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الاجرة وبازيد فى احدى الروايتين وفى الأخرى يمنع بزيادة لدخوله فى ربح مالم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر فى وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فأتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

(١) الأثرم غير وارد فى ٧١١ ومضروب عليه فى ٧١٢

فهي كالثمر في رهوس الشجر فهو مضمون عليه باتلافه .

والضرب الثاني : مالا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعقود والمصالح به عن دم الغمد ، ونحو ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في المجرى وأبى الخطاب - غير أنه استثنى منه الصداق - والسامري وصاحبي المغني والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الاعراض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والاجارة ونحوهما ، ومع هذا فصرح القاضي في المجرى بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب إليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه

والوجه الثاني : أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه ، وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني والسيرازي وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح الحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدية العظيمة اذا اشترت وزنا فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، ومناهم الاجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقي الدين الأول ولكن بناء على أن عملة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو متنفه هنا وهو أحد المآخذ للأصحاب في أصل المسألة وعد القاضي في هذا الضرب القرض وأرش الجنائيات وقيم المتلفات ، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات وفيه نظر فإن القرض لا يملك بدون القبض على ساجز به في المجرى وقيم المتلفات ينفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنائيات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بعقد ليدخله الفسخ ثم أنه مضمون في الذمة كالدين وذلك لا يتعين في الخارج الا بالقبض على المذهب وألحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً المالك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يخشى انتفاض سببه ، وهذا متجه على الوجه الأول الذي اختاره ، فاما الوجه الثاني ، فإن كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وإن كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمنع كالمراري والغصوب ، ولو حجز الحاكم على المفلس ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرد التعيين ذكره القاضي في الزكاة من المجرى فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

تنبيه : ما اشترط القبض لمحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك ، وقد

صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل بالملك بالعقد فقد حكي في التلخيص في الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض ههنا مؤثر في إبطال العقد ، فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص

النوع الثاني عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة ، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه ، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً ، وسواء قلنا له رد المبهم قبل القبض أولاً ، ولأن أكثر ما في جواز رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لا يمنع صحة التصرف لأنها لازمة من جهة الميت بموته فهو كالمبيع المشترط فيه الخيار للشترى وحده ، وأما الهبة التي تملك بالعقد بمجرد فجزز التصرف فيها قبل القبض أيضاً ، وقد نص أحمد عليه كما سند كره لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وليست في ضمانه فلا محذور في التصرف فيها بوجه ، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا تملك بدون القبض كما سبق فلا كلام على هذا ، وعلى التخرج المذكور بملكها بدون القبض فينبغي أن يكون كالهبة ، وقد نص أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان في رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته قال يدفعه إليه ، فقيل له هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه يأكله قال يقول له حتى يوكله فيقضيه عنه وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض ، وكذلك نقل حنبل في مسأله أن أحمد ذكر له قول أبي سلمة لا بأس إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه والعبد مثل ذلك والدابة يبيعها قبل أن يقبضها قال أحمد لا بأس بذلك مالم يكن للتجارة ، وقوله إذا لم يكن للتجارة لأن المنع من البيع إنما كان ادخوله في ربح مالم يضمن وما ملكه بغير عوض فلا يتصور فيه ربح ، فأما لو نوى بتملكه التجارة فظاهر كلامه المنع لأنه جعله من الأموال المعسدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض

هذا الكلام في العقود فأما الملك بغير عقد كالميراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفاء للتناول منه كالمترقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لاحد معهم ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه الامناء وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان :

أحدهما أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت

مورثه والمغانم قبل انقضاء الحرب ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق

والثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف المغانم قبل القسمة على قولنا انهم يملكون [الغنيمة] بالحيازة، وهو المذهب الصحيح والمرتقة قبل حلول العطاء ونحوه فقال ابن أبي موسى لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، وان باعه بعروض جاز في إحدى الروايتين اذا قبض العروض قبل أن يتفرقا ومنع منه في الاخرى ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض [انتهى] فهذه أربع مسائل

أحداها: بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال هو شيء مغيب لا يدري أيصل اليه أم لا أو ما هو وقال مرة لا يدري يخرج أولاً وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء قال ابن عباس ما يدريه ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه وربما سمي هذا أيضاً بيع الصكك ونقل حرب عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء لا بأس به بعرض قلت وما تفسيره قال هو الرجل يزداد في عطائه عشرة دنائير فيشتريها بعرض قال وسأله عن بيع الصك بعرض قال لا بأس به وروى حرب بإسناد صحيح عن ابن عباس انه كان يكره بيع الزيادة في العطاء الا بعرض وهذه رواية ثانية بالجواز قال القاضي وابن عقيل هذه الرواية فيما اذا بلغ (١) بعد حلول العطاء لأنه وقت الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه لكن على طريقتيهما لا يجوز بيعه من غير (٢) الغريم فرجعا وتاؤلا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل الى وقت قبض العطاء وكان وقتها عندهما معلوماً وأنه احوال بثمن العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن تأمل كلام أحمد، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه فأما اذا استحق فهو داخل في بيع الصكك

المسألة الثانية: بيع الصكك قبل قبضها وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صككا لأنها تكتب في صكك وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ما في الصك فان كان الدين نقداً وبيع بنقد لم يجوز بلا خلاف لانه صرف بنسيئة وان بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان

أحدهما: لا يجوز قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه انه كرهه وقال: الصك لا يدري يخرج أولاً، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان والثانية. الجواز نص عليهما في رواية حرب وحبل ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

وقال الصك انما يحتال على رجل وهو يقرب دين عليه والعطاء انما هو شيء مغيب لا يدري أبصلي إليه أم لا وكذلك نقل حنبل عنه في الرجل يشتري الصك على الرجل بالدين قال لا بأس به بالعرضي اذا خرج ولا يبيعه حتى يقبضه يعني مشتريه ، وهذا يدل على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض ولا أباح له التصرف فيه لانه بمنزلة المنافع والثر في شجره ، حاصل هذا يرجع الى جواز بيع الدين من غير الغريم وقد نص على جوازه كما ترى

المسألة الثالثة : بيع المغنم قبل أن تقسم ونص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره وعلاه في رواية صالح وابن منصور بأنه لا يدري ما يصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين وان كان ملكه ثابتاً عليه لكن الامام له أن يخص كل واحد بعين من الاعيان بخلاف قسمة الميراث وصح عن أبي الزبير قال جابر أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم وروى محمد بن ابراهيم الباهلي عن محمد بن زيد - يعني - العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ لا تشتروا الصدقات حتى تقبض والمغنم حتى تقسم أخرجه الامام احمد وابن ماجه [واسحاق بن راهويه والبخاري في مسنديهما] ومحمد بن زيد صالح لا بأس به والباهلي بصرى مجهول وشهر حاله مشهور وفي سنن أبي داود من حديث روفع ابن ثابت أن النبي ﷺ قال لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيع مغنماً حتى يقسم وفي الحديث طول اخرج الترمذى بعضه وحسنه . وخرج النسائى من حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم وخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن اسحاق عن عبد الله ابن ابى نجيح عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم مرسل وهذا في حق اتخاذ الجيش منهي عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده لأنه قبل القبض مجهول وبه تعدو غلول فانه لا يستبد بالقسمة دون الامام وأما الامام فاذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك

المسألة الرابعة : بيع الصدقات قبل أن تقبض ومأخذه أن الصدقة لا تملك بدون القبض وفي مصنف عبد الرزاق عن [ابن] جريج عن موسى بن عقبة عن غير واحد أن النبي ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتوسم وعن يحيى بن العلاء البجلي عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقات حتى تقبض وهذا المرسل أشبهه من المسند السابق ، فاما على القول بملكها بمجرد القبول اذا تعينت من غير

قبض فقد مرخص أحد بجواز التوكيل فيها ، وهو نوع تصرف بقياسه سائر الصدقات (١) ، وتكون حينئذ كالمطالبة بالملوكة بالمقد ، وأما إذا عينها المالك من ماله وأفرد لها فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها لم تبرأ ذمته من الزكاة وأما إن كانت صدقة تطوع فاستحب أمضاها وكره الرجوع فيها ، ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين ، نقل عبد الله عنه أنه قال كل شيء جملة الرجل لله يمضيه ولا يرجع في ماله ، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم وإن كان قليلا أمضاه ونقل عنه جيش ابن سندی في رجل دفع إلى رجل دراهم فقال له تصدق بهذه الدرام ثم إن الدافع جاء فقال ردالي الدرام ما يصنع المدفوع يردها عليه قال لا يردها عليه يمضيا فيما أمره به ، ونقل جعفر بن محمد معناه وحمل القاضي ذلك على الاستحباب ، قال ابن عقيل لا أعلم للاستحباب وجها وهو كما قال وإنما يخرج على أن الصدقة تعين بالتعيين كما يقول في الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف ، وفي تعيينه بالنية وجها فإذا قال هذه صدقة تعينت وصارت في حكم المذكورة وصرح به الأصحاب لكن هل ذلك انشاء للنذر أو إقرار وفيه خلاف بين الأصحاب ، وإذا عين بنية أن يجعلها صدقة وعزلها عن ماله فهو كما اشترى شاة بنوى التضحية بها ، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الإمام لأننا إن قلنا الزكاة في الذمة فهو كما لو عين عن الهدى واجب في الذمة هديا فعطب فانه يلزمه إبداله وإن قلنا في العين فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه وإيصاله أيضا واجب عليه فلا يبرأ بدونه ، ولا يكتفى فيه بالتمييز ولو حصل التمكين من القبض من فعل الدفع واجب عليه فكيف إذا لم يحصل التمكين والله أعلم

(القاعدة الثالثة والخمسون)

من تصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أولا دمي معين إن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف على ظاهر المذهب ، وقياس قول أبي بكر لا يصح حيث قال : لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني ، وكلامه في الشافي يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها ، وكذلك اختار أبو الخطاب في الاتصاف أنه لا يصح التصرف في الجاني بالبيع لتعلق الحق بعينه

فإن فداء السيد كان افتسكا وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الأول، وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به فالأول ملك أن يملك والثاني يملك أو طالب بحقه الذى لا يمكن دفعه عنه، وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده، فالمفلس مقتضى للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها التصرف فى المرهون ببيع أو غيره بما لا سرية له لا يصح لأن المرتهن أخذ بحقه فى الرهن من التوثيق والحبس وقبضه وحكم له به فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه، فأما العتق فأنما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والزوج حتى أنهما لا يملكان تحليلهما على إحدى الروايتين كقوة الاحرام ولزومه، ولهذا ينعقد مع فساده ويلزم إتمامه .

ومنها الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت، وقبل المطالبة إنما كان له أن يملك والمطالبة إما تملك على رأى القاضى وإما مؤذنة بالتملك ومأمنة للمشتري من التصرف، إذ تصرف المشتري إنما كان نافذاً لترك الشفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقه وقد زال فإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب به لم يصح المشتري ممنوعاً، بل تسقط الشفعة على قولنا هى على الفور ذكره القاضى فى خلافه

ومنها إذا حل الدين على الغريم وأراد السفر فإن منعه غريمه من ذلك لم يحجز له السفر، وإن فعله كان عاصياً به لأنه حبسه وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن فى الرهن وإن لم يمنعه فهل له الاقدام على السفر ذكر ابن عقيل فيه وجهين :

أحدهما : يجوز لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والالتزام، والثانى : لا لأنه يمنع سفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس فى حقه بل لما يلزم فى سفره من تأخير الحق الواجب عليه ومنها المفلس إذا طلب البايع منه سلعته التى يرجع بها قبل الحجر لم ينفذ تصرفه نص عليه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن المفلس هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطالب البايع منه بما بايع المشتري عليه فقال إن أحدث فيه المشتري عتقا أو يباع أو هبة فهو جائز ما لم يطالب البائع، وذلك أن الحديث قال هو أحق به فلا يكون أحق به إلا بالطلب فله أن لا يطالبه قلت : أرايت إن طلبه منه فلم يدفعه إليه ؟ قال فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب ونقل عنه اسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البائع - ثبت إما بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس،

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى الزيداني (١) أن اشتها فلسه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقاً ومنها لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح قال أبو الخطاب في الانتصار في الرهن يصح ، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله ، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده ، والأظهر أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع بل ولو قيل لا يصح بيعه مطلقاً مع عليه باضطراره لم يبعد لأن بذله واجب بالثمن فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى ، لأن هذا يجب بذله ابتداء لحياء النفس ، وقد يفرق بأن الشفيع حقه متعين في عين الشقص ، وهذا حقه في سد الرمي ، ولهذا كان إطعامه مرضاً على الكفاية فإذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البذل عليه وأما ما تعلق به حق مجرد فيندرج تحته مسائل متعددة

منها بيع النصاب بعد الحول فإنه يصح نص عليه لأن الوجوب إن كان متعلقاً بالذمة وحدها فلا إشكال وإن كان في العين وحدها فليس بمعنى للشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها ، ولا تجوز المطالبة بالخراج منها عينا مع وجود غيرها ، فلا يتوجه انحصار الاستحقاق فيها بحال ومنها بيع الجاني يصح في المنصوص وهو قول أكثر الأصحاب ، وسواء طالب الجاني عليه بحقه أم لا لأن حقه ليس في ملك العبد ، ولو كان كذلك للملك ابتداء وإنما وجب له أرش جنائته ولم نجد محلاً يتعلق به الوجوب سوى رقة العبد الجاني فانحصرا الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها فان رضى المالك يذله جاز والا فأنما له أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنائته فأنهما (٢) بدل لزم قبوله والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه وحقه هو أرش الجناية لا ملك رقة العبد على الصحيح فلا يتوجه المنع من التصرف فيه لأن تسليمه إليه لم يتعين

ومنها من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقلنا حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المقتنم قبل أخذ سيده صح ويملك السيد انتزاعه من الثاني ، وكذلك لو رهنه صح ويملك السيد انتزاعه من المرتهن ذكره أبو الخطاب في الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أولاً والأظهر أن المطالبة تمنع (٣) التصرف كالشفعة

ومنها تصرف الورثة في التركة المعلق بها حق الغرماء وفي صحته وجهان أحدهما الصحة وعلى المنع بنفذ بالتعلق كالرهن ، واختار ابن عقيل في نظرياته أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث في مرضه ، وهذا متوجه على قولنا إن حق الغرماء تعلق بالتركة في المرض ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً ، قال

(١) الديداني ٧١١ : (٢) فاهما ٧١١ : (٣) تقطع

صاحب الترغيب : يحتمل وجهين لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب ومنها تصرف من وهبه المريض ماله كله في مرضه قبل موته فيجوز وينفذ حتى لو كان أمه كان له وطؤها ، ذكره القاضى وحده [في خلافه] واستبعده الشيخ تقي الدين لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها ، وقد يقال هو في الظاهر ماله بالقبض وموت الواهب ، وانتقال الحق إلى الورثة مظلون فلا يمنع التصرف ، وأما تصرف المشتري في مدة الخيار له وللبائع فالمنصوص عن أحمد أنه موقوف على إمضاء البيع ، وكذلك ذكره أبو بكر في التنبيه ، وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه لأنه تصرف في خالص ملكه ، ولم يتعلق به سوى حق البائع في الفسخ وقد زال ، فأشبهه تصرف الابن فيما وهبه له الأب غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب ، لأن حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك ، ولأن تساط الأب على الرجوع لم يكن لبقاء أثر ملكه ، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره فلا يمنع التصرف ، وطردها في كل من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله كتصرف المريض فيما زاد على ثلث ماله فانه يقف على إمضاء الورثة ، وعق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه ، ذكره أبو بكر في الخلاف ، وكذا ذكره أبو الخطاب في الانتصار في مسألة إجازة الورثة أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتهن ، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشتري في الشقص المشفوع يقف على إجازة الشفيع .

(القاعدة الرابعة والخمسون)

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للتصرف فيها الاقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ، والثاني أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماء ، والثالث أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به

فاما الأول : فلا يجوز اسقاط حقه واوضمته بالبدل كعق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور (١) ، فانه لا يجوز ، ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضى وابن عقيل وصاحب

(١) في ٧١١ المشهور من المذهب

السكافي مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاء محرم ولا جله منعنا أصل الرطه، وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه لأن غرماءه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر، وذكر القاضي في خلافه أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن كإقتصاصه من أحد عبيده المرهونين إذا قتله الآخر ولم يذكر لذلك نصاً، ولعله أخذه من قوله بنفوذ العتق ولا يدل، وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قتله، وقد صرح القاضي وابن عقيل بأنه لا يجوز لأن فيه تفويتاً لحق المرتن من غير الراهن أو قيمته الواجبة له وواجبا على الراهن قيمته تكون رهناً، وصرحاً أيضاً [ههنا] بأن العتق ههنا لا يجوز وإنما ذكرنا جوازه في مسألة العتق وظاهر كلام أحمد جواز القصاص فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص تعلق بالعبد تعلقاً يقدم به على حق المرتن بدليل أن حق الجاني مقدم على المرتن لانحصار حقه فيه بخلاف المرتن وهذا مفقود في العتق.

وأما الثاني فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشتراط في العقد لا يجوز للبشترى إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا أن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ

وأما الثالث فقيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره الثابت في المجلس [بالتق ولا غيره] كما لو اشتراطه ويندرج في صور الخلاف مسائل:

منها مفارقة أحد المتبايعين الآخر في مجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر وفيه روايتان أحدهما يجوز لفعل ابن عمر والثانية لا يجوز لحديث عمر [و] بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل [له] أن يفارقه خشية أن يستقبله وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المذني

ومنهما تصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تحريمه وهو الاظهر، ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يذر مع أن حقه من الاخذ لا يسقط بذلك فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالسكية

ومنهما وطء العبد زوجته الأمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليسقط اختيارها للفسخ، الاظهر تخريجه على الخلاف، وقال الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية قياس مذهبنا جوازه وفيما قاله نظر

ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق اذا طلق الزوج قبل الدخول وقلنا لم يملكه [مهرأ] فانه لا يجوز صرح به في المحرر، قائما تصرف احد المتبايعين فيما يده من العوض اذا استحق الآخر رد ما يده بعيب أو خلف في صفة فيجوز ذكره القاضي في خلافه لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما يده فاذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بدله ان كان باقيا والارجع يبدله وقياس هذا ان للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام احمد في رواية الاثرى ان للبائع التصرف فيه الثمن في مدة الخيار الا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا يأخذ منه ما ينتفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وان كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن

(القاعدة الخامسة والخمسون)

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً (١) أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا المذهب المشهور أنه لا يكون تملكاً، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار اذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ نص عليه وقال في رواية ابن القاسم لا يجوز عتق البائع لأنه غير مالك له في ذلك الوقت انما له فيه خيار فاذا اختاره ثم أهتقه جاز فأما دون أن يرد البيع فلا، واختلف الأصحاب في المسألة على طرق:

أحدها: لا يكون فسخاً رواية واحدة وإنما يفسخ بالقول وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر وهي أصح وقد نص أحمد على أن يبعه ليس بفسخ في رواية اسماعيل بن سعيد ونص على أنه إذا وطئ، فعليه الحد في رواية منها

والطريقة الثانية أن المسألة على روايتين وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وأبى الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني ورجح أنه فسخ لأن ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر فيفسخ بمجرد تصرف البائع بخلاف بائع المفلس فان ملك المفلس تام

والطريقة الثالثة أن تصرفه فسخ بغير خلاف كما أن تصرف المشتري إمضاء وإبطال للخيار المنصوص، وهي طريقة القاضي في المجرد والحلواني في الكفاية وهي مخالفة للنصوص ولا يصح اعتبار فسخ البائع بامضاء المشتري لأن ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود والطريقة الرابعة أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف لأنه اختيار بدليل وطء من أسلم على

أكثر من أربع نسوة وبغيره وفيه الخلاف وهي طريقة صاحب الكافي ومن صرح بأن الوطء اختيار القاضي في المجرد وحكامه في الخلاف عن أبي بكر في التنيه ولم أجده فيه ولا يصح الحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة لأن ملكه قائم فلذلك كان الوطء اختياراً في حقه فهو كوطء المشتري ههنا والبائع بخلافه وقد نص أحمد على أن عليه الحد في رواية منها وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع على الأقوال كلها، صرح به الأكثرون من الأصحاب لأنه لم يتقدمه ملك اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه، وذكر الحلواني في التبصرة أنه ينفذ ويتخرج من قاعدة لنا سند كرها إن شاء الله تعالى وهي أنه هل تكفي مقارنة شروط العقد للعقد في صحته

ومنها إذا باع أمة بعبد ثم وجد بالعبد عيباً فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف في عوضه الذي أداه لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه ذكره القاضي في خلافه وذكر في المجرد وابن عقيل في الفصول احتمالاً آخر أن وطئه يكون استرجاعاً كما في وطء المطلقة الرجعية. ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة وهذا وإن وجد فإن الملك عن الرجعية ومن أسلم عليهن لم يزل وهذا (١) قد زال

ومنها لو باع أمة ثم [أ]فلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها فله استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين حكاهما القاضي بناء على نقض حكم الحاكم بخلافه فيكون كالفسخ المجمع عليه فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء ذكره القاضي في الخلاف لأن ملك المفسد وفي المجرد والفصول أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه، ويمكن تخرج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدة الخيار لأن ملك المفسد غير تام بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع فهو كالمشتري في مدة الخيار غير أن ضعف الملك ههنا طارئ وفي مدة الخيار مبتدئ. ولا أثر لذلك.

ومنها تصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكاً ويقوم ذلك مقام قوله أو تملكه أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك

[به يمكن] على تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها ، ولا سيما بعد المطالبة لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشتري .

ومنها لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعاً ، المنصوص أن لا قال أحمد في رواية أبي طالب إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن لم يجز للأب عتقها حتى يرجع فيها ، وقال في رواية ابن هانئ هذه الجارية للابن وأعتق الأب ماله له ، وخرج أبو حفص البرمكي في كتاب حكم الوالدين في مال ولدهما رواية أخرى أن العتق صحيح ويكون رجوعاً وسيأتي تخريج هذا الأصل أن شاء الله تعالى ، وفي التلخيص لا يكون وطؤه رجوعاً وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً على وجهين ولا ينفذ عليهما لأنه لم يلاق الملك ويتخرج وجه بنفوذه لاقتران الملك به كما سبق

ومنها لو تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ [انتهى] ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به وقد نص عليه وأحمد في مواضع لأنه مباح فلم يملك بدون قبضه كالاصطياد والاحتشاش ولم يخرجوا في تملكه بالقبول خلافاً من الهبة ونحوها لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كعقود المعاوضة وههنا كتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة ومالم يجز (١) فهو باق على ما كان عليه وخرج أبو حفص البرمكي رواية أخرى بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض وأخذ ذلك مما رواه المروذي عنه أنه قال لو أن لابنه جارية فعتقها كان جائزاً وفي رواية محمد بن الحكم يعتق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعتق الأب أو يؤخذ وفي رواية الميموني أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه إلا أم ولد ابنه وفي توجيه هذه الرواية طريقتان :

أحدهما : أن رقيق الابن له فيه شبه ملك ولذلك نفذ استيلاؤه فينفذ عتقه كعتق أمه من المغنم لكن لا يضمن لأن الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده

والثاني : أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق كالأول قال لغيره اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والمملك معاً ، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال يبيع الأب وشراؤه على ابنه جائز لقول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الإقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التصرف (٢) به وفي التنبيه لأبي بكر يبيع الأب على ابنه وعتقه وصدقه ووطئه إمامته مالم يكن الابن قد وطئ. جائز ويجوز له بيع عبيده وإمامته وعتقهم ، ولهذا القول مأخذان أيضاً :

(١) كذا بالأصول جميعها ولعلها يحز (٢) في ٧١٢ : التملك

أحدهما: أن الملك يقتزن بالتصرف فينفذ كما في نظيره (١)

والثاني: أن هذا تملك قهرى في مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية ، ولهذا حتى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكروا خلافا في أنها عين (٢) مملوكة ومن سلك هذا المسلك صاحب المقنع في كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك ، وهو قريب من بيع الصكك قبل استحقاقها ، وقد تقدم الخلاف فيها ، وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحباها صارت أم ولده وإن لم يحباها فإن قلنا لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها ، وإن قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرد ، ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعني أبا بكر عبد العزيز ، روى الأثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فإن أنت بولد لسته أشهر فتدعيه جميعا أرى الفاقة ، وقال إذا وطئ الرجل جارية ابنه وإن كان الابن قد وطئ ، فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ في نفسى من مسألة الأثرم شيء انتهى ، فإن كان قوله إذا وطئ الرجل جارية ابنه إلى آخره من تمام رواية الأثرم فيكون ذلك منصوبا عن أحمد والافه من كلام أبى بكر ، وهو موافق لما ذكره في التنيه كما حكيناه عنه ، وقوله وإن كان الابن قد وطئ يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاء ففيه خلاف في المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافى الاستيلاء وكالامة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد لمثله في رواية حرب وابن بختان وذكره أبو بكر وابن أبى موسى فلو ثبت التحريم أولى هذا كله ما لم يكن الابن قد استولدها فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاء غيره كما لا ينتقل بالعقود ، وذكر ابن عقيل في فتونه أنها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطئ الشريكان أمتهم في طهر واحد وأنت بولد ألحقته الفاقة بهما لكن في مسألة الفاقة حكم باستيلاءهما (٣) [ها] دفعة واحدة وفي مسألة ثبوت استيلاء الابن أولاها فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاء سبب قهرى ومنها تصرف السيد في مال عبده الذى ملكه إياه وقتنا يملكه ، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لتضمنه إياه وذكر القاضي في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) في ٧١١ : نظائره (٢) في أصل غير ولعلها تصحيف والتصحيح عند (٣) في د : باستيلاءها

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعد الموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله وقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين إذا قيل باشتراط قبوله فاما العقود التي تملك له وجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يانفت الى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة (١) فيصح قبولها بالفعل صرح به الأصحاب لأنها اذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل وهل يساويها في ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساواة، ظاهر كلام التلخيص أو صريحة المساواة وحكي القاضي في الأحكام السلطانية في صحة قبول القاضي القضاء بشروعه في النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجري الفعل مجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب [الخلاف في وطنها] هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الإشهاد للرجعية وعدمه وهو البناء المنصوص عن الإمام ولا عبرة بحمل الوطء. ولا عدمه قلز وطنها في الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن أبي موسى والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وإنما حصل له تشعشع لكن الرجعة يترتب عليها الاستباحة حقيقة في المدة الزائدة على العدة

(القاعدة السادسة والخمسون)

شروط العقود من أهلية العاقد أو الموقود له أو عليه إذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدم عليها هل يكفى بها في صحتها أم لا بد من سبقها، المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة في الصحة وفيه وجه آخر لا بد من سبق وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها في القاعدة السابقة

ومنها إذا اعتق أمته وجعل عتقها صداقها فالمنصوص الصحة كنفها باقتراض شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضي عدم الصحة فمنهم من [جعل] مأخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذه انتفاء تقدم الشرط ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضي وابن حامد لا يصح لاتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفى المقارنة

(١) في نسختنا المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

ومنها لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ففيه وجهان :
 أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضي وابن عقيل في النكاح وأبو الخطاب
 والآخر أن اكتفاء باقتران البيع وشرطه وهو كون المشتري مكاتباً يصح معاملته للسيد
 والوجه الثاني لا يصح قاله القاضي وابن عقيل في البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع
 ومنها لو ادعى أنه وكيل لزيد وأن لزيد على فلان ألفاً وأقام البينة بالوكالة والدين في حالة
 واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال أم لا بد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضي
 في خلافه يحتمل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه مالم تثبت وكالة لا يجب الدفع إليه
 واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتها بالبيع
 والمالك في حالة واحدة

ومنها لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها ففي التاخييص قياس المذهب صحته ،
 ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لاقتران الوكالة وشرطها اذ شرطها ان يكون الموكل مالكا لما
 وكل فيه وملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة

ومنها لو وجدت الكفاءة في النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح
 قلت له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر
 يمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه في غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل
 منها صحة الوصية لمن ثبتت أهلية ماله بالموت كأم الولد ومديره فان السبب المستحق به هو
 الايصاء وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقرن به وجود أهلية المستحق
 فيكفي في ثبوت الملك ، هذا اذا قلنا ان الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على
 القبول وهو المشهور فان القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذ ولا يضر فوات
 أهليته عند الموت فانه لو قال اعتقوا [عني] عبدى وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية

ومنها اذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كالأول قال لعبده إن مات أبوك فانت
 حر وكان أبوه جراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فانت لا يرثه ذكره القاضي وصاحب المغنى وعلمه
 بان المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا في اسلام الطفل بموت أبويه
 قال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما اذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها
 أم يشترط تقدمها فان قلنا تكفى المقارنة ورث لأنه صار حراً ومالكاً في حالة (١) واحدة انتهى
 ولا يقال هذا يقتضى (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لانا نقول علة الارث وسببه
 هو النسب وهو سابق على الموت وانما الحرية شرط له

ومنها عدة أم الولد إذا توفي سيدها، هل هي عدة حرة أو أمة وأ كثر الروايات عن أحمد أنها تعتد عدة أمة، وقال لو اعتدت عدة حرة لورثت ثم توقف في ذلك، وقال دخلني منه شيء. وقال مرة تعتد عدة حرة اكتفاه بالحرية المقارنة لوجوب العدة ولزوم مقارنة العلة للعلول هنا أظهر ولا يلزم لأن سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها والحرية شرط للعدة بالأشهر، ومن ههنا لم يلزم التورث لأن سببه منتف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء.

(القاعدة السابعة والخمسون)

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه، فهل يثبت الحكم أم لا المذهب المشهور أنه لا يثبت، وقال ابن حامد يثبت وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه فهل يثبت الحكم معه فيه وجهان، واختار القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغني أنه لا يثبت واختار القاضي في خلافه وفي الجامع الكبير أنه يثبت وكذلك ابن عقيل في عمد الأدلة وأبو الخطاب (١) فأما اقتران الحكم والمنع منه فيندرج تحته مسائل:

منها لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك، أو قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فإنها تطلق بالاول وتنقض العدة بالثاني، ولا تطلق به كما لا تطلق في قوله مع انقضاء عدتك. هذا المذهب المشهور وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه والخلاف فيه مع ابن حامد وحده، وفي الفصول يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها فيقع (٢) الطلاق في حال الولادة قبل البيونة ولا يصح لأن البيونة معلولة للولادة فلو اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضا

ومنها لو قال أنت طالق بعد موتي لم تطلق بغير خلاف فعليه، ولو قال مع موتي أو موتك لم تطلق، نص عليه في رواية منها لأن الموت سبب البيونة فلا يجامعها الطلاق ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ههنا لأنه إذا وقع (٣) الطلاق مع الحكم بالبيونة فأيقاعه مع سبب الحكم أولى ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ لتأخر الانفساخ عنه ولم يلزموا ذلك، وادعوا ههنا المقارنة دون السبق ولا يصح ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البيونة في الحياة فإنه يفيد التحريم أو نقص العدد

(١) في هامش ٧١١ بعد قوله وأبو الخطاب إشارة ونصها: «والقاضي من نص أحمد على أن أم الولد إذا قتلت سيدها لزمها قيمة نفسها فأوجب» (٢) في الاصل فيقطع (٣) في ٧١٢ أوقع

ومنها لو قال زوج الأمة لما ان ملكتك فانت طالق ثم ملكها لم تطلق ، قال الاصحاب وجها واحدا ، ولا يصح لان ابن حامد يلزمه القول هنا القول بالوقوع لا اقترانه بالانفساخ ومنها لو أعتق الزوجان معا وقتلنا لا خيار للمعتقة تحت الحر فهل يثبت لها الخيار هنا على روايتين منصوصتين عن احمد وقد اقترن هنا المقتضى وهو حريتها والمانع وهو حرته فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه فان قيل يشكل على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الامام احمد :

احدهما اذا قال لعبده ان بعتك فانت حر ، ثم باعه فانه يعتق على البائع من ماله نص عليه احمد في رواية جماعة ولم ينقل عنه في ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المانع (١) منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده في إثبات الاحكام مع مقارنة المنع منها ، مثل أن يقول لغير المدخول بها ان طلقتك فانت طالق ثم يطلقها فينبغي أن تطلق طلةتين ، وكذلك ان قالت ان فسخت نكاحك لعب أو نحوه فانت طالق ، وكذلك ان قال ان فاعتك فانت طالق

المسئلة الثانية اذا مات الذي وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الاصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال هو خلاف الاجماع ويلزم من توريثه اثبات الحكم المقترون بمانعه ، وهذا لا يعيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه وأما على قول جمهور الاصحاب فقد اختلفوا في تخريج كلام الامام احمد في مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبنى على قوله بان الملك لم ينقل عن البائع في مدة الخيار ، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة ابى الخطاب في انتصاره وفيها ضعف فان نصوص احمد بالعتق هنا متكاثرة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن احمد بل مستنبطة من كلامه وانما المنقول الصريح عنه انتقال الملك

والطريق الثاني أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد وهي طريقة القاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص فاجابوا بان هذا العتق أنشأه في ملكه فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه فان احمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال في رواية ابن ماهان يعتق من مال البائع قيل لأنه خلف عن ملك قال نعم

(١) في ٧١٢ : المنع (٢) في نسختي الدار : فان احمد شبهه بنفوذ الوصية

والطريق الثالث أنه يعتق على البائع عقيب إيجابه وقبل قبول المشتري وهي طريقة ابن أبي موسى والسامري وصاحبي المغني والتلخيص لأنه انما علقه على بيعه ويبيعه الصادر عنه هو الإيجاب فقط ، ولهذا يسمى بائعاً والقابل مشترياً ، ويقال باع هذا واشترى هذا ، وإن كان العقد لا ينعقد بقبول المشتري لكن القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيته فاذا وجد القبول تبين أن عتق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال وفي هذه [الطريقة] أيضاً نظر فإن أحمد نص على نفوذه بعد زوال الملك ولأن البيع المطلق انما يتناول المنعقد لا صورة البيع المجردة

والطريق الرابع أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك إلى المشتري حيث يترتب على الإيجاب القبول وانتقال الملك وثبوت العتق فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك وهي طريقة أبي الخطاب في رءوس المسائل ويشهد لها تشبيه أحمد بالمدير والوصية ولا يقال في المدير والوصية لا ينتقل إلى [مال] الورثة لتعلق حق غيرهم بها لأنها تمنع ذلك على أحد الوجهين ونقول بل ينتقل اليهم المال الموصى به وهو ظاهر تعليل أحمد في هذه المسألة فإنه قال في رواية الأثرم وقد قيل له كيف يعتق على البائع وانما وجب العتق بعد البيع فقال لو وصى له بمائة درهم ومات يعطاها وإن كانت وجب له بعد الموت ولا ملك فهذا مثله ، ونقل عنه صالح نحو هذا المعنى أيضاً وعلى هذه الطريقة فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود

والطريق الخامس أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك إلى المشتري ثم يفسخ البيع بالعتق على البائع وصرح بذلك القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده وصاحب المحرر ، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته إلى ملك الغير ينفذ ، وإن وجد أحد طرفيه في ملك والآخر في غير ملك فاذا عقده في غير ملك مضافاً إلى وجود الملك صح ونفذ في المذهب الصحيح المشهور فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير الملك فإنه ينفذ ولهذا نقول على إحدى الروايتين لو قال يملوكي فلان حر بعد موتي بسنة يعتق كما قال وإن كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه ، ولا يقال لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام أحمد كما تقدم ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود لأنها لا تسرى إلى ملك الغير ولا عهد نفوذها في غيره ملك بحال ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وجهاً فيما إذا علق طلاقها على خلعه فخالعها أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم ، فإن كان مراده أنه يقع مع الخلع فهي مسألة ابن حامد في الوقوع مع البينة وإن أراد بعده فمشكل ، فإن الطلاق لم يعمد عندنا وقوعه في غير ملك وسلك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى فقال إن كان المعلق للعتق قصدت النية دون التبرر بعتقه اجزأه

كفارة يمين لأنه اذا باعه خرج عن ملكه فبقى كئذره ان يعتق عبد غيره فيجزئه الكفارة وان قصد به التقرب صارعتقه مستحقا كالنذر [فلا يصح بيعه ويكون العتق معلقا على صورة البيع] (١) لو قال لما لا يحل بيعه إذا بعته فعلى عتق رقبة أو قال لأم ولده ان بعتك فانت حرة وطرد قوله هذا في تعليق الطلاق على الفسخ والخلع فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع قال ولو قيل بانقضاء الفسخ والخلع المعلق عليه فلا يتمتع وقوع الطلاق معه على رأى ابن حامد حيث أوقعه مع البيئونة بانقضاء العدة فكذا بالفسخ [والله أعلم] وأما مسألة الميراث فلا ريب ان احمد نص على توريث الطفل من ابيه الكافر والحكم باسلامه بموته وخرجه من خروجه من الاصحاب كصاحب المغنى على ان المانع لم يتقدم الحكم بالارث وانما قارنه وهذا يرجع الى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع [له] لأن الاسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقتترانه بسببه ، وأما اقتران الحكم والمانع فله صور :

منها توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت احد ابويه الكافرين منه وقد ذكرت ومنها اذا قتلت ام الولد سيدها فانه يلزمها أقل الامر من قيمتها او الدية نص عليه . قال الاصحاب سواء قلنا ان الدية تحدث على ملك الورثة ابتداء او على ملك الموروث اولاً ، لانا ان قلنا تحدث على ملك الورثة فقد اقترن الضمان بالحرية وانما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقا اكتفاء بمقارنة الشرط للحكم على ما تقدم لأن الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجناية وهي حينئذ رقيقة فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرقيق ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناء على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنع ، وان قلنا ان الدية تحدث على ملك المقتول اولاً فقد وجب له ذلك في آخر جزء من حياته ، وهي اذ ذاك رقيقة فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية ، وانما وجب الضمان هنا للسيد وان كان السيد لا يجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق الورثة بماله في هذه الحال فصار كالواجب لها ابتداء ، ولهذا كانوا هم المطالبين به والله أعلم ومنها اذا تزوج العادم للطول الخائف للعت في عقد حرة وأمة فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة على وجهين

ومنها إذا قال المتزوج بامة أيه اذا مات أبي فانت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف وابن عقيل فى العمد واختيار أبى الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [والملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ

الطلاق وقوع الفسخ فنفذ، والثاني لا يقع وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ

ومنها اذا تزوج أمة ثم قال لها إن اشتريتك فانت طالق وفيه الوجهان ان قلنا ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح ، وان قلنا لا ينتقل وقع الطلاق وجهاً واحداً كذا ذكره أبو الخطاب وفي خلاف القاضي اذا حلف لا يبيع فباع بشرط [الخيار] هل يحث أن ذلك مبني على نقل الملك وعدمه فقياس قوله انه لا يقع الطلاق هنا في مدة الخيار اذا قلنا لا ينتقل الملك فيها وانكر ذلك الشيخ محمد الدين وقال يحث بكل حال لأن البيع قد وجد

ومنها اذا قال لامرأته التي لم يدخل بها إن كلمتك فانت طالق ثم أعاده فانها تطلق بالاعادة لأنه كلام في المشهور عند الإصحاح، وقال ابن عقيل في عمد الأدلة قياس المذهب عندي أنه لا يحث بهذا الكلام لأنه من جنس اليمين الاولى ومؤكدها، وانما المقصود أذاها وهجرها واضرارها بترك كلاهما وليس في هذه الاعادة ما ينافي ذلك فلا يحث به وهذا أقوى والتفريع على المشهور فاذا وقع الطلاق بالاعادة ثانياً فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا ، في المسألة وجهان :

أحدهما لا ينعقد وهو قول القاضي في الجامع والخلاف ومن اتبعه كالقاضي يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب المغنى وله مأخذان : أحدهما وهو مأخذ القاضي ومن أتبعه ان الكلام يحصل بالشروع في الاعادة قبل اتمامها فيقع الطلاق قبل اتمام الاعادة فلا ينعقد لأن تمام اليمين حصل بعد الينونة . والثاني وهو الذي ذكره صاحب المغنى في نظير هذه المسألة ان الطلاق وان وقف وقوعه الى ما بعد إنهاء الاعادة الا أن الاعادة يترتب عليها الينونة فيقع انعقاد اليمين مع الينونة فيخرج على الخلاف في ثبوت الحكم مع المانع أو مع سيبه والأصح عنده عدمه

والوجه الثاني تنعقد اليمين وهو اختيار صاحب المحرر بناء على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الاعادة لأن الكلام المطلق انما ينصرف الى المقيد ولا تحصل الافادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما ويقع عقبيهما لأنهما شرط لوقوعه وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق فسبقت وقوعه . يوضحه أن اليمين هي اللفظ المجرد وهو المعلق عليه الطلاق فاذا قال ان كلمتك فانت طالق فهو في معنى قوله ان حلفت يميناً بطلاقك على كلامك فانت طالق فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق

ومنها اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم قاله ثانياً فانهما يطلقان طلاقة [طلاقة] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية في حق المدخول بها وأما في حق التي لم يدخل بها ففي انعقادها وجهان احدهما أنها تنعقد وهو قول أبي الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في المسألة التي قبلها لان اليمين سبب الينونة

ووجدت مع شرط الطلاق لامع وقوع الطلاق والثاني لا ينعقد وهو اختيار صاحب المغني غير أنه وقع في النسخ خلل في تعليقه؛ ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مفارق (١) لوقوع الطلاق فلم ينعقد لا قترانه بما يمنعه، فإن أعاده ثالثا قبل أن يحدد نكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الوجهين لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن فإن عاد وزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها فعلى الوجه الثاني لا تطلق لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحلفها وتطلق الأخرى طلقة لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها (٢) فكمل الشرط في حق الأولى، وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلقة طلقة لأن الصفة الثانية منعقدة في حقها جميعا كذا ذكره الأصحاب وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن يكون فيه أهلا لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضررتها لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق وإنما حلف بطلاق ضررتها وهي بائن وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه، ويكفي وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقبيه، وذكر صاحب المحرر في تعليقه على الهداية أن هذا هو المذهب سواء قلنا يكفى في الحنث وجود بعض الصفة أم لا، نعم إن قلنا يكفى وجود بعضها وقد وجد حال البينونة انبنى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البينونة انتهى، وعندى أن هذا قد يتخرج على خلاف المتأخرين (٣) في أن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حال البينونة فإن قلنا أنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال فوجود بعضها حال البينونة لا عبرة له أيضا كوجود جميعها، وإن قلنا إن اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها اكتفى بوجود آخرها في النكاح لا مكان الحنث فيه على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البينونة وبعضها في النكاح مع قولنا لا يكفى بوجود بعض الصفة في الطلاق وقولنا إن الصفة الموجودة حال البينونة لا تنحل بها اليمين لا يخلو عن إشكال [ونظر] والله أعلم

ومنها إذا اشترى مريض أباه بثلث لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منها عطيتان من عطايا المريض محابة البائع بثلث المال وعق الأب إذا قلنا إن عتقه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضي في المحرر وابن عقيل في الفصول يتحاصن لأن ملك المريض لأبيه مقارن لملك المشتري لثمنه وفي كل منهما عطية منجزة فتحاصا لتقاربهما والثاني أنه تنفذ المحابة ولا يعتق الأب وهو اختيار صاحب المحرر لأن المحابة سابقة لعق الأب فإن ملك المشتري الثمن

(١) في ٧١٢: مقارن ولعله الصواب (٢) في الأصل: بعد طلاقها (٣) في ٧١١: في المذهبين

الذى وقعت المحابة فيه وقع مقارنا ملك الأب ، وعقته يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحابة شرط عتق الأب لاعتقه فتفدت كسبها

ومنها لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه على وجهين : أحدهما تستحقه كله لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي والثاني تستحق ثلاثة أرباعه لأن الطلاق يتنصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين المخالم بها إلا نصفها ، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه إلا نصف الخمسين ويرجع إليه بالطلاق النصف ومن نصر الوجه الأول قال تنصف المهر يترتب على الخلع لا يفارقه (١) فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملكها قارن سبب التنصيف وهو البينة فهذا مأخذ الوجهين ، والمسألة مأخذ آخر على تقدير التنصيف قبل الملك وهو أن يخالفها الخمسين من المهر مع علمها بأن المهر يتنصف بالمخالعة هل ينزل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين التي يستقر لها بالطلاق وفي المسألة وجهان ، وعليهما ينزل الوجهان فيما إذا باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة هل ينزل (٢) البيع على نصف مشاع وإنما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذى يخصه بملكه وكذلك فى الوصية وغيرها واختيار القاضى انه ينزل على النصف الذى يخصه كله بخلاف ما إذا قال له أشر كنتك فى نصفه وهو لا يملك سوى النصف فانه يستحق منه الربع لأن الشراكة تقتضى التساوى فى المالكين بخلاف البيع والمنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول نصيبى فان أطلق تنزل على الربع

ومنها إذا تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففى المحابة روايتان إحداهما أنها موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية الوارث والثانية تنفذ من الثلث نقلها المروذى والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد ويحتمل أن يكون مأخذه أن الارث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها ويحتمل أن يقال ان الزوجة ملكها فى حال ملك الزوج البضع وثبوت الارث مترتب على ذلك وكذلك نص فى رواية أبى طالب فيمن أقر لزوجته فى مرضه بمهر يزيد على مهر المثل أن الزيادة تكون من الثلث ووجه القاضى بما ذكرناه من الترتيب لان الاقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالعقد وهذا كله يرجع الى أن العطية والوصية لمن يصير وارثاً يعتبر من الثلث وهو خلاف المذهب المعروف لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسبياً أو زوجاً كما فرق القاضى فى كتاب الوصايا من خلافه بينهما فى مسألة الاقرار لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية بخلاف أحد الزوجين وفيما ذكره القاضى فى توجيه رواية أبى طالب نظر فان أحمد لو اعتبر حاله العقد لما جعله من

(١) فى ٧١١ : يقارنه (٢) فى ٧١١ . ينزل

الثالث ، وإنما يتخرج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لوارثه معتبر من الثالث والله أعلم

(القاعدة الثامنة والخمسون)

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الاقلاع عنه ، هل يكون اقلاعه فعلاً للمنع منه أو تركاً له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه هذا [عدة] أنواع :

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية الا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلاً للمنع منه ، فمن ذلك اذا حلف لا يلبس ثوباً وهو لا يلبسه ، أو لا يركب دابة وهو راكبها ، أو لا يدخل داراً وهو فيها ، وقلنا إن الاستدانة كالأبتداء في جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الامكان ، فإنه لا يبحث لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم بأول أوقات الامكان ، ومنه ما اذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه ، لأن محظورات الاحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال انه باقداً على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب الى مصاحبة اللبس في الاحرام كما لا يقال مثل ذلك في الجالف والناذر فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه ، ومنه ما اذا فعل فعلاً محرماً جاهلاً أو ناسياً ثم ذكر فإنه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد (١) له

النوع الثاني أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ويعلم بالمنع ولكن لا يستقر (٢) بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين :

أحدهما أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهى عنه بل يكون اقلاعه تركاً للفعل لأن ابتداءه كان مباحاً حيث وقع قبل وقت التحريم ، وهو اختيار أبي حفص العكبري .

والثاني أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لا قدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته لاسيما مع قرب الوقت [وهذا ظاهر المذهب] من صور المسألة ما اذا جامع في ليل رمضان فادركه الفجر وهو مجامع فزرع في الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف في أنه لا يائتم اذا كان حال الابتداء متيقناً ببقاء الليل وبين بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن الزرع هل هو جزء من الجماع أو ليس من الجماع وحكى في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بالزرع في هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر فلا يكون الواقع منها في حالة

(١) في الأصل المعتمد (٢) في ٧١١ : يشعر

الطلوع محرماً البتة كما قلنا في محظورات الاحرام انها انما تثبت بعد التلبس به، وقد روى عن أحمد ما يدل على ذلك فانه قال اذا شك في طلوع الفجر فانه يأكل حتى لا يشك أنه طلع وفي المسألة أحاديث وآثار كثيرة تدل على ذلك والله أعلم

ومنها اذا وطئ امرأته لحاضت في أثناء الوطء فتزعم هل يلزمه الكفارة اذا قلنا يلزم المعذور فمن الاصحاب من خرجها على النزاع هل هو جماع أم ترك للجماع، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى العادة قرب وقت حیضها ثم وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض هو شبيه بمسألة الصوم والا فلا كفارة لانه انما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حينئذ وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصيام انه إن ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه لم يفطر وان خشي مفاجأة الفجر أفطر لانه أقدم على مكروه أو محرم ابتداء

النوع الثالث أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه اذا شرع فيه ترتب عليه تحريمه وهو متلبس به، فهل يباح له الاقدام على ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حينئذ أم لا يباح لانه يعلم أن اتمامه يقع حراماً فيه لأصحابنا قولان، ومثال ذلك: أن يقول لزوجته إن وطئت فانت طالق ثلاثاً أو فانت على كظهر أمي ومثل أن يعلم أنه متى أوج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو وجب الحكي الاصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النوع هل هو جماع أو ليس بجماع ورجح صاحب المغنى التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين لانه استمتاع بأجنبية وهو حرام ولو كان لمس بدم الشهوة فليس الفرج بالفرج أولى بخلاف الصائم فانه لا يفطر الا بالوطء ويمكن منع كون النوع وطئاً قال فان قيل هذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام قلنا فاذا لم يمكن الوطء الا بفعل محرم ضرورة وهو ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة بمذكاة فان الجميع محرم انتهى، وليس هذا مطابقاً لمسألتنا فان ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه لم يشبهه بحرام أو لم يختلط به، فاذا انضم الى ذلك أن النزاع ترك للحرام لم يبق هنا حرام، وأيضاً فان النزاع هنا مقارن بينونة فيمكن النزاع في تحريمه كما وقع النزاع في ترتب أحكام الزوجية معه وأما الايلاج فمقارن لشرط بينونة فان قيل إن المقارن للشرط كالمقارن للشرط على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها توجه تحريمه أيضاً والا فلا، وأيضاً فمن يقول النزاع جزء من الجماع وان الجماع عبارة عن الايلاج والنزاع يلتزم أن الطلاق والظهار انما يقعان بعد النزاع لا قبله فلا يحصل النزاع في أجنبية ولا مظاهر منها ولا يقال يلزم على هذا أن لا يفطر الصائم بالايلاج قبل غروب الشمس اذا نزع بعده لأن مفطرات

الصائم لم تنحصر في الجماع وحده بل تحصل بأمور متعددة فيجوز أن يحصل بأحد جزأى (١) الجماع كما يحصل بالانزال بالمباشرة ونحوه بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء فانها لا تثبت الا بعد تمام مسمى الوطء.

النوع الرابع أن يتعمد الشروع في فعل محرم عالما بتحريمه ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبس به فيشرع في التخلص منه بمباشرة أيضا، كمن توسط داراً مفصولة ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها، أو طيب المحرم بدنه عامداً ثم تاب، وشرع في غسله بيده قصداً لازالته، أو غصب عينا ثم ندم وشرع في حملها على رأسه الى صاحبها، وما أشبه ذلك. والكلام ههنا في مقامين أحدهما: هل تصح التوبة في هذه الحال ويزول الاثم بمجردهما، أم لا يزول حتى ينفصل عن ملابس الفعل بالكساية، وفيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما وهو قول ابن عقيل أن توبته صحيحة ويزول عنه الاثم بمجردهما ويكون تخلصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له لأنه مأمور به فلا يكون معصية، ولا يقال من شرط التوبة الاقلاع ولم يوجد لأن هذا هو الاقلاع بعينه وأيضاً فالاقلاع إنما يشترط مع القدرة عليه دون العجز، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس في الدار المفصولة أو توسط جمعاً من الجرحى متعمداً ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وإن انتقل قتل غيره لكن هذا من محل النزاع أيضاً والوجه الثاني وهو قول أبي الخطاب أن حركات الغاصب ونحوه في جروحه ليست طاعة ولا مأموراً بها بل هي معصية ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتين بأقلهما وأبو الخطاب وإن قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة وخرج بعض الأصحاب الخلاف في هذه المسألة على جواز الخلاف في الاقدام على الوطء في مسائل النوع الثالث فإن قيل بجوازه لزم أن يكون الترك امتثالا من كل وجه فلا يكون معصية وإن قيل بتحريمه لزم تحريم الترك ههنا وقد يفرق بالتحريم ثم طار وههنا مستصحب من الابتداء فلا يلزم من الجواز ثم الجواز ههنا، ويلزم من التحريم هناك التحريم ههنا بطريق الأولى. والمقام الثاني في الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهي كثيرة فمنها غسل الطيب بيده للمحرم يجوز لأن ترك الطيب لا فعل له ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذي أحرم وهو متضمن بطيب فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يغسله عنه، ولكن هذا كان جاهاً بالحكم فهو كز تطيب بعد إحرامه ناسياً فانه يغسله بغير خلاف وخص كثير من الأصحاب كالقاضي وغيره الحكم بالناسي وهو مشعر بان العائد بخلافه وهو متخرج على الخلاف السابق في كونه معصية، والصحيح التعميم لأن مباشرة الفعل إنما جازت ضرورة الخروج منه والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده، فلما أذن الشارع فيه دل على أن مباشرة

الطبيب لقصد ازالته ومعالجته غير ممنوع

ومنها اذا تعمد المأموم سبق لإمامه في ركوع أو سجود وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تعمد سبق ، فهل يجب عليه العود الى متابعتة الامام أم لا ، أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العائد وغيره ، كما وردت روايات عن الصحابة عمر وابنه وابن مسعود رضی الله عنهم و فرق صاحب المحرر بين العائد وغيره وقال : متى عاد العائد بطلت صلاته لأنه قد تعمد زيادة ركن كامل عمدا وانما يعود الساهي والجاهل ، وقد يقال ان عود العائد يتخرج على أن العود انما هو قطع للفعل المنهى عنه الذي ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الامام الواجبة فلا يكون منها عنه بل مأمور به كالخروج من الدار المغصوبة ونحوها على ما سبق وقد يفرق بأن حقيقة السجود وضع الاعضاء المخصوصة على الأرض فاذا زيد هذا المقدار عمدا بطلت به الصلاة وأما الهوى اليه والرفع منه فليسا من ماهيته وانما هما حدان له فلا أثر لنية قطعهما بالرفع فان الرفع ليس منه وانما هو غاية له وفصل بينه وبين غيره ومأمضى منه ووجد لا يمكن رفعه ، وهو سجود تام فتبطل الصلاة بزيادته عمدا ، وهذا قد يلزم منه أن سبق للركن عمدا يبطل الصلاة وقد قيل انه المنصوص عن أحمد ، وعلى الوجه الآخر فيقال لما لحقه الامام في هذا الركن واجتمع معه فيه اكتمى بذلك في المتابعة

﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

العقود لا ترد الا على موجود بالفعل أو بالقوة ، وأما الفسوخ فتد على المدوم حكما واختيارا على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو بما ورد العقد عليه فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملا فاما الانقاسخ الحكمي بالتلف ففي مواضع :

منها اذا تلف المبيع المبيع قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفي عوضه سواء كان ثمنا أو مشمنا . ومنها اذا تلف الثمار المشتراة في رؤس النخل قبل جدها بجائحة فان العقد ينفسخ فيها . ومنها اذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الاجارة انفسخ العقد فيما بقي منها وأما الفسخ الاختياري فكثير ، ومن مسائله اذا تلف المبيع في مدة الخيار هل يسقط الخيار ام لا يسقط ، وللبائع الفسخ فيرجع بعوضه ويرد الثمن على روايتين معروفتين ونقل أبو طالب عنه ان اعتقه المشتري أو تلف عنه فللبائع الثمن وإن باعه ولم يمكنه رده فله القيمة [ففرق بين التلف الحسى والحكمى وبين التفويت مع بقاء العين فاجاز الفسخ (١)] مع بقائها لا مكان الرجوع بخلاف التلف وأيضا

قتصره في المبيع (١) في مدة الخيار جناية حالها بين البائع والرجوع في ماله فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة والى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله

ومنها اذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع وفيه روايتان : احدهما يتخالفان ويفسخ البيع ويفرم المشتري القيمة، والثانية القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ اختارها أبو بكر

ومنها إذا تباعا جارية بعد أو ثوب ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فانه يرد ما بيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف نص عليه أحمد في رواية حنبل وابن منصور ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ في التالف تبعاً كما لو كان الثمن نقداً معيناً وقد تلف فانه لا خلاف أنه يرد السلعة بالعيب يأخذ بدل الثمن

ومنها اذا تلف بعض المبيع المغيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود يأخذ الثمن ظاهر كلام القاضي في خلافه في المسألة التي قبلها جوازها لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود ، وخرجه صاحب التلخيص على روايتين فما اذا اشترى شيئاً فبان معيباً وقد تعيب عنده فانه يرد على إحدى الروايتين ويرد معها أرش العيب الحادث عنده منسوباً من قيمته لا من ثمنه فور رد الفسخ هنا على المفقود تبعاً للوجود واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة فانه لما فسخ العقد صار المبيع في يده كالمقبوض على وجه السوم لانه قبض بحكم عقد فذلك ضمن بالقيمة وهذا رجوع الى أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهو ضعيف، ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن وهو مقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في مسائل التفليس لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن فاذا لم يمكن رد المبيع كله رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما في تفريق الصفقة وهذا خلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع فانه يأخذه منسوباً من الثمن واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول هو فسخ للعقد في مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن ، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم وهذا في المشتري في الذمة كالمسلم ظاهراً لانه كان يستحقه سليماً فاما في المعين فلم يقع العقد على غير عينه فلا يمكن أن يكون الأرض فسخاً الا أن يكون (٢) اطلاق العقد على العين يقتضى سلامتها وكأنها موصوفة بصفة السلامة وقد فأت ومنهم من يقول بل هو عوض عن الجزء الفائت . وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته ذهب القاضي في خلافه الى أنه عوض عن القيمة وذهب ابن عقيل في فتونه وابن المني (٢) الى أنه عوض عن العين

(١) في ٧١١ : بالبيع (٢) في ٧١٢ يقال (٣) كذا في الأصل وقد ضبط بفتح النون والياء المشددة

عنها بما شاء. وإن قلنا القيمة لم يجوز أن يصلح عنها بما كثر منها من جنسها، ومنهم من قال هو اسقاط الجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه لأعلى وجه الفسخ لأن الفسخ لا يقابل الفائتة وينبني على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته، فإن قلنا المضمون العين فله المصالحة الصحة والسلامة وإنما يقابل الأجزاء المشاعة فإذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها رجع بما قبله من الثمن من غير فسخ وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضى فى موضع من خلافه وينبني على الخلاف فى أن الأرض فسخ أو اسقاط لجزء من الثمن أو معاوضته أنه إن كان فسخاً أو اسقاطاً لم يرجع إلا بقدره من الثمن ويستحق جزءاً من عين الثمن مع بقاءه بخلاف ما إذا قلنا هو معاوضة وأما إن أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله فإنه يجوز على حسب ما يتفقان عليه وليس من الأرض فى شيء ذكره القاضى وابن عقيل فى الشفعة ونص أحمد على مثله فى النكاح فى خيار المعتقة تحت عبد

ومنها إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا، الذى عليه الأكثر أن لا يملك ذلك وأشار إليه أحمد فى رواية ابن منصور قالوا لأن الرديستدعى مردوداً ولا مردود إلا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرض وهو ضعيف لأن البديل يقوم مقام العين وخرج القاضى فى خلافه جواز ذلك من رد المشتري أرض العيب الحادث عنده كما تقدم وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره، وجزم بذلك ابن عقيل فى الفصول من غير خلاف حكاه

ومنها إذا اشترى ربوياً بجنسه فبان معيباً ثم تلف قبل رده فإنه يملك الفسخ ويرد بدله ويأخذ لأنه لا يجوز له أخذ الأرض على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

ومنها الاقالة هل تصح بعد تلف العين قال القاضى مرة لا تصح لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين فهى كالبيع بخلاف الرد بالعيب ثم قال فى موضع آخر قياس المذهب صحتها بعد التلف إذا قلنا هى فسخ وتابعه أبو الخطاب فى الانتصار وابن عقيل فى نظرياته وحكى صاحب التلخيص فيها وجهين بخلاف الرد بالعيب وفرق بائن الرد يستدعى مردوداً بخلاف الفسخ وهو ضعيف فإن الرد فسخ أيضاً والاقالة تستدعى مقالافيه ولكن البديل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة ومنها الشركة فى البيوع وهى نوع منها وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً فيقول لآخر اشركتك فى نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل فيصح ذلك ويكون تملكاً منجزاً بعوض فى الذمة وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما ويتقاسمان بالثمن ويصير المشتري شريكاً فى الربح فيأخذ حصته منه وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران أو التلف على المشتري فيقدر انفساخ الشركة حكماً فى آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه

ولما يحكم بالانقضاء بعد التلف والخسران فيكون هذا العقد مفيداً للشركة في الربح خاصة ويكون فسخه معلقاً على شرط ويكتفى بذلك بسمى الشركة من غير حاجة الى شرط لفظي وقد نص أحمد على جواز هذا في رواية جماعة منهم الأثرم ومهنا وأحمد بن القاسم وسندي وأبو طالب وأحمد ابن سعيد وابن منصور وغيرهم ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحا وسئل أحمد هل يدخل هذا في ربح مال مضمّن فقال هو مثل المضارب يأخذ الربح ولا ضمان عليه وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي فحمله على محامل بعيدة جداً وحمله ابن أبي موسى على ظاهره وتبعه الشيرازي إلا أنه خرج وجهاً آخر أن الوضعية عليهما كالربح

(القاعدة الستون)

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه. فمن ذلك الموصى إليه اطلق كثير من الأصحاب أنه الرد بعد القبول في حياة الموصى وبعده وقد ذلك صاحب المحرر بما إذا وجد حاكماً لثلاث يصح استنادها فيقع الضرر واخذها من رواية حنبل عن أحمد في الوصى يدفع الوصية الى الحاكم فيبرأ منها قال ان كان حاكماً فنعم وحكى رواية أخرى انه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله ان لم يعلمه بذلك لما فيه من التفرير به وحكى ابن أبي موسى رواية انه ليس له الرد بحال اذا قبلها ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكماها القاضي في خلافه صريحا في الحالين

ومنها الوكيل في بيع الرهن اذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر أنه لا ينزل لأن فيه تفريراً للرهن ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين ان يوجد حاكم يأمر بالبيع أولاً من مسألة الوصية

ومنها انه يجوز فسخ عقد الجمالة لكن يستحق العامل اجرة المثل لبطلان المسمى بالفسخ فاذا عمل به احد مستنداً اليه استحق اجرة المثل كما لو سمي له تسمية فاسدة ويتخرج أن يستحق في جعل الرد الا بق المسمى بالشروع لان المستحق بالاطلاق وقد صار وجود التسمية كالعدم

ومنها اذا فسخ المالك عقد المساقاة وقتلنا هي جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لأنه يملك بالظهور روايه واحدة لأن حصه المساقى ليست وقاية للبال بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شيء له لاعراضه وان كان من المالك فعليه اجرة المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يقضى الى حصول

المسمى له غالباً فلزمه ضمانه وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها أثر بالقيام عليها وخدمتها فلا يذهب عمله مجاناً وقد أثر في حصول المقصود ويتوجه على قول ابن عقيل في المضارب أن يفسخ العقد بالنسبة إلى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له

ومنها إذا زارع رجلاً على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع أو قبل البذر وبعد الحرث قال ابن منصور في مسأله قالت لأحمد: ألا كاريد أن يخرج من الأرض فيبيع الزرع قال لا يجوز حتى يبدو صلاحه قلت فيبيع عمل يديه وما عمل في الأرض وليس فيها زرع قال لم يجب له شيء بعد أنما يجب بعد التمام قال ابن منصور يقول يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ فاما أن يكون يذهب عمل يديه وما أنفق في الأرض فلا وذلك أنه إذا أخرجه صاحبه وأخرج باذنه فاذا خرج من ذات نفسه فليس له شيء انتهى فحمل ابن منصور قول أحمد أنه لا شيء له على ما إذا خرج بنفسه لأنه معرض عما يستحقه من الأرض بخلاف ما إذا أخرجه المالك وأخرج باذنه وظاهر كلامه أنه تجب له أجره عمله يديه وما أنفق على الأرض من ماله مع أن كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله لأنها ليست أعياناً وهذا لا يدل على أنه لاحق له فيها بالكلية ولهذا نقول في آثار الغاصب أنه يكون شريكاً بها على أحد القولين والمفاس ونحوه لاختلاف فيه مع أن القاضي قال في الأحكام السلطانية قياس المذهب جواز بيع العمارة التي هي الإثارة ويكون شريكاً في الأرض بعمارتها وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجرها هل تبطل المزارعة أنه أن زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالإجارة وإن لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجره عمله وأفتى أيضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بوأراً وحرثها فهل له إذا خرج منها فلاحه أنه أن كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها فله قيمتها على من انتفع بها فإن كان المالك انتفع بها وأخذ عوضاً عنها من المستأجر فضاهاها عليه وإن أخذ الإجارة عن الأرض وحدها فضاهاها الفلاحه على المستأجر المنتفع بها ونص أحمد في رواية صالح فيمن استأجر أرضاً معلومة وشرط عليه أن يردّها مفلوحة فأخذها أن له أن يردّها عليه كما شرط ويتخرج مثل ذلك في المزارعة

ومنها المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضاً ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه ذكره القاضي في خلافه وهو ظاهر كلام أحمد في رواية الشيخ ابن منصور وذكر القاضي في المجرّد وابن عقيل في باب الشركة أن المضارب لا ينزع مادام عرضاً بل يملك التصرف حتى ينضّر رأس المال وليس للمالك عزله وإن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وذكرنا في المضاربة أنه ينزع بالنسبة إلى الشراء دون البيع وحمل صاحب المغنى مطلق كلامهما في الشركة على هذا التقييد ومعناه أن المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال وليس للمالك منعه من ذلك إذا كان فيه ربح لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر بأن العامل لا يملك الفسخ حتى ينضّر رأس المال مراعاة لحق

مالكه ثم قال ابن عقيل اذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقتطاع الربح مثل ان يشتري متاعا يرجو به الربح في موسم فيفتسخ قبله ليقومه بسعر يومه وياخذ لم يفسخ في حق المضارب في الربح واذا جاء الموسم أخذ حصته منه فجعل العقد باقياً بالنسبة الى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك اسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب فهو كالفسخ بعد ظهور الربح وقال ابن عقيل أيضاً في باب الجمالة المضاربة كالجعالة لا يملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك وقال في مفرداته انما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ لثلاثي مائة به الزمان فيتعطل عليه الارباح قال وهذا هو الالقي بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة الى غاية الاضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والارباح ولهذا لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً لكن اذا باع (١) ونض رأس المال يفسخ انتهى وحاصله انه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه لثلاثي مائة بتعطيل ماله عن الربح كما ذكر أنه في الفضول ان المالك لا يملك الفسخ اذا توجه المال الى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع ولهذا قلنا ان المضارب اذا ضارب لاخر من غير علم الأول وكان عليه في ذلك ضرر ردحقه من الربح في شركة الأول مع مخالفته لأطلاق الإكثارين انه اذا فسخ قبل الظهور فلا شيء له وأما ما ذكره في باب الجمالة فقيه بعد الا أن ينزل على مثل هذا الحال مع أن القاضي ذكر مثله أيضاً في باب الجمالة

ومنها الشركة اذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت وان قال الآخر عزلتك انعزل المعزول وحده ذكره القاضي وينفسخ مع كون المال عروضاً او ناضاً وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى لا ينزل حتى ينض المال كالمضارب قال وهو المذهب (٢) وفرق بان الشريك وكيل والربح يدخل تبعاً بخلاف حق المضارب فانه أصلي ولا يدخل (٣) بدون البيع

ومنها الوكيل اذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان فهل يضمنه المؤكل فيه وجهان مذكوران فيما اذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم قال أبو بكر لاضمان على الوكيل فمن الأصحاب من قال لعدم تفريطه ومنهم من قال لأن عفو موكله لم يصح حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كالموكل عفى بعد الرمي قال أبو بكر وهل يلزم الموكل الضمان على قولين أحدهما لاضمان عليه ووجهه بأن عفو لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به والثاني عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته فكان الضمان عليه كالموكل بالقتل من لا يعلم تجريمه فقتل كان الضمان على الأمر وللأصحاب طريقة

(١) في ٧١١: باعاً (٢) في ٧١٢: والمذهب الأول (٣) في ٧١٢: ولا يظهر

ثانية وهي البناء على انزال الوكيل قبل العلم فان قلنا لا ينزل لم يصح العفو فبقية القصاص مستحقا لاضمان فيه، وان قلنا ينزل صح العفو وضمن الوكيل كإلوا قتل مرتدا وكان [قد] أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل على وجهين : احدهما يرجع لتغيره ، والثاني لا لأن العفو احسان منه لا يقتضي الضمان وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب لأنه خطأ وعند القاضي في ماله لأنه عمد وهو بعيد . وقد يقال هو شبه عمد كذا حكى صاحب المغني ، وللأصحاب طريقة ثالثة وهو ان قلنا لا ينزل لم يضمن الوكيل وهل يضمن العاقلة على وجهين بناء على صحة عفو ، وتردد بين تغيره واحسانه ، وإن قلنا ينزل لزمته الدية . وهل يكون في ماله أو على عاقلة على وجهين ، وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب الترغيب وزادوا قلنا في ماله فهل يرجع بها على الموكل على وجهين ، ولو وكله في بيع شيء أو وقفه أو [في] عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله فان قيل لا ينزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام وان قيل ينزل فالحقد باطل وكذلك وقف المشتري وعتقه . وأما استقلاله فقال الشيخ تقي الدين لا يضمنه الوكيل لا لتفاء تفریطه والمشتري مغرور وفي تضمينه خلاف في المذهب واذا ضمن رجوع على الغار على الصحيح والغار هنا لاضمان عليه فلا ضمان على واحد منهما انتهى ، وعلى القول بضمان الوكيل في مسألة (١) استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا وفيه بعد أيضا لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار والغار من شأنه ان يضمن لان يضمن له . وأما المشتري فهو شبيه بالمشتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب، والمعروف في المذهب تضمينه لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل

(القاعدة الحادية والستون)

المتصرف تصرفا عاما على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الامام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية في ذلك وجهان وخرج الآمدي روايتين بناء على ان خطأه هل هو على عاقلة أو في بيت المال لا إن جعلناه على عاقلة فهو متصرف بنفسه وان جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم فلا يضمن لهم ولا بهدر خطاه فيجب في بيت المال واختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، وذكر في الاحكام السلطانية روايتين في انعقاد الامامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن ان يكون أصلا للخلاف في الولاية والوكالة أيضا ، وينبنى على هذا الخلاف ايضا انزاله بالعزل ذكره الآمدي فان قلنا هو وكيل فله أن يعزل

(١) في نسختنا : في ماله والتصحيح عن ٧١٩

نفسه وان قلنا هو وال لم ينزل بالعزل كما ان الرسول ليس له عزل نفسه ولا ينزل بموت من بايعه لانه وكيل عن الجميع لا عن اهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله اذا كان بسؤاله تخكه حكم عزل نفسه، وان كان بغير سؤاله لم يجر بغير خلاف، هذا [ظاهر] ما ذكره القاضى وغيره وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فان كان نائباً عنه كالوزير فانه كالوكيل له ينزل بعزله وبموته وان كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم ينزل بموت الامام ذكره القاضى فى الاحكام السلطانية فاما القضاة فهل هم نواب الامام أو المسلمين فيه وجهان معروفان يبنى عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه وظاهر كلام القاضى فى الاحكام أن الخلاف مطرد فى ولاية الامارة العامة على البلاد وجباية الخراج. وأما نواب القاضى فتوعان: أحدهما من ولايته خاصة كمن فوض اليه سماع شهادة معينة أو احضار المستعدي عليه فهم كالوكلاء ينزلون بعزله وموته. والثانى من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الاطفال ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينزلون بموته على وجهين ذكرهما الأمدى، وصح صاحب الترغيب عدم الانعزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب أنهم ينزلون لأنهم نواب القاضى بخلاف القضاة فانهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على الامام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الاستنابة، ويحجب عنه بان القضاء ليس بفرض كفاية على رواية ولا يجب نصب قاض بالكلية وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين فلا أثر له فى عدم نفوذ العزل ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية يجب عليه الوصية عند الموت بأدائها وله عزل الموصى اليه بذلك واستبداله: وأما المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة فتوعان أحدهما أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولى اليتيم وناظر الوقف فاذا عقد عقداً جائزاً أو متوقفاً الانقضاء كالشركة والمضاربة والوكالة واجارة الوقف فانها لا تنفسخ بموته لأنه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل اذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكلاء لموكله لاله. والثانى من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة

(القاعدة الثانية والستون)

فيما ينزل قبل العلم بالعزل، المشهور أن كل من ينزل بموت أو عزل هل ينزل بمجرد ذلك أم يقف عزله على علمه على روايتين. وسواء فى ذلك الوكيل وغيره والأذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكه بدون إذن اذا وجد بعده نهى لم يعطاه مخرج على الوكيل ذكره القاضى وكذلك إذن المرتن للراهن فى التصرف اذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم ومن الأصحاب من فرق بين

الوكيل وغيره ودخل في هذا صور :

لهم الحاكم اذا قيل بانعزاله قال القاضي وأبو الخطاب فيه الخلاف الذي في الوكيل . وفي التلخيص لا ينزل قبل العلم بغير خلاف ورجحه الشيخ تقي الدين لأن في (١) ولايته حقا لله وان قيل انه وكيل فهو شبيه بنسخ الاحكام لا يثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح بخلاف الوكالة المحققة . قاله هذا هو المنصوص عن أحمد وأيضا فان ولاية القاضي عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بابطالها قبل العلم بخلاف الوكالة

ومنهم ما عقود المشاركة كالشركة والمضاربة، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال ومنها الوديعة وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة من خلافه ان للمودع فسخها بالقول في غيبة المودع وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى في يده أمانة كمن أطارت الريح الى بيته ثوبا لغيره، ثم إنه ذكر في مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول وانما تنفسخ بالرد الى صاحبها أو بان يتعدى المودع فيها فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو في غيبته فسخت الوديعة أو أزلت نفسها عنها لم تنفسخ قبل أن يصل الى صاحبها ولم يضمها . فاما أن يكون هذا لتفريقا بين فسخ المودع والمودع أو يكون اختلافا منه في المسألة والاول أشبه لأن فسخ المودع لخارج للمودع عن الاستحفاظ وهو يملكه وأما المودع فليس له فيها تصرف سوى الامساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة

(القاعدة الثالثة والستون)

وهي أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر عليه به ويندرج تحت ذلك مسائل :
منها الطلاق . ومنها الخلع فانه يصح مع الاجنبي على المذهب سواء قيل هو فسخ أو طلاق ولنا وجه آخر أنه لا يصح مع الاجنبي اذا قلنا انه فسخ كالأقالة والصحيح خلافه لأن فسخ البيع اللازم لا يستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فان الزوج يستقل بازائه بالطلاق . ومنها العتق ولو كان على مال نحو اعتق عبدك عني وعلى ثمنه . ومنها فسخ المعلقة تحت عبد . ومنها فسخ المبيع المعيب والمدلس وكذلك الاجارة . ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر

(١) سقط ما بعد هذا الى أثناء القاعدة السابعة والستين في نسخة ٧١٢

في ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « أخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هي

وقد سبقت. ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضي والاكثرين وخرج أبو الخطاب فيها وجه آخر أنه لا يفسخ الا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل وفيه نظر فان من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه ، وهذه الفسوخ على ضربين: احدهما ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا: والثاني ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج وغيته ونحو ذلك فيفتقر الى حكم حاكم لأنها أمور اجتهادية فان كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به الى حكم حاكم ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس سلعته اذا وجدها بعينها وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه والمنصوص عن أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد أنه له ذلك ، وكذلك تزوج امرأة المفقود فان في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين ، قال في رواية ابن منصور تتزوج وان لم تأت السلطان وأحب الى أن تأتیه ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ لأنه اجماع عمر والصحابة ، ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم

(القاعدة الرابعة والستون)

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الاذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الاذن كان موجودا هل يكون كتصرف المأذون له أولا في المسألة وجهان تخرج عليهما صور :

منها لو تصرف في مال غيره بمقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف هل يصح أم لا فيه وجهان .

ومنها لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذني فانت طالق ثم أذن لها ولم تعلم باذنه فخرجت فهل تطلق فيه وجهان ، وأشهرهما - وهو المنصوص - أنها تطلق لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاققة والمخالفة فانها اقدمت على ذلك ولأن الاذن هنا أباحة بعد حظر فلا يثبت في حقها بدون علمها كإباحة الشرع، ولأن الخطاب في الانتصار طريقة ثانية وهي أن دعواه الاذن غير مقبولة لوقوع الطلاق في الظاهر فلو أشهد على الاذن لنفعه ذلك ولم تطلق وهذا ضعيف ومنها او أذن البائع للمشتري في مدة الخيار في التصرف فتصرف بعد الاذن وقبل العلم

فهل ينفذ أم لا يتخرج على الوجهين في التوكيل وأولى وجزم القاضي في خلافه بعدم النفوذ ومنها لو غصب طعاما من انسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالاذن

ضمن ذكره أبو الخطاب في الانتصار وهو بعيد جدا والصواب الجزم بعدم الضمان لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته فانه لا مهر عليه ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه كما أنه لو أكل في الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فانه لا يلزمه القضاء ويلتحق بهذه

﴿ القاعدة الخامسة والستون ﴾

وهي من تصرف في شيء يظن انه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ، وفيها الخلاف ايضا ويندرج تحتها صور:
منها لو باع ملك ابيه بغير اذنه ثم تبين أن ابيه كان قد مات ولا وارث له وفي صحة تصرفه وجهان ويقال روايتان (١)

ومنها لو طلق امرأة يظنها اجنبية فتبينت زوجته ففى وقوع الطلاق روايتان ، وبناءها ابو بكر على ان الصريح هل يحتاج الى نية ام لا ؟ قال القاضى إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهلية المحل ولا يطرد مع العلم به

ومنها لو لقي امرأة في الطريق فقال تنحى يا حرة فاذا هي امته وفيها الخلاف ايضا ، ونص احمد على ذلك وفي المغنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا في الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشيء. ويتنزل الخلاف في هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والاظهر عدم اعتباره

ومنها لو أبرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شيء له [عليه] ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيها الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لا قصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص ؟ يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية وبناءه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية، وجزم القاضى وغيره بأنه لا يصح العفو ههنا

ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة أو انه كان طلقها ففى صحة النكاح الوجهان ذكره القاضى ورجح صاحب المغنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء كما لو تزوجت المرتبة قبل زوال الرتبة

ومنها لو أمره غيره باعتاق عبد يظن انه للآمر فتبين أنه عبده ففى التلخيص يحتمل تخزيجه على من

أعتق عبد آفى ظلة ثم تبين أنه عبده لكن يرجع هنا على الأمر بالقيمة لتغريه له ، ويحتمل أن لا ينفذ لتغريه بخلاف ما إذا لم يغره أحد فانه غير معذور فينفذ عتقه لمصادفته ملكه اذ المخاطبة بالعتق لعبد غيره شبهه بعتق الهازل والمتلاعب فينفذ ، وكذلك فى الطلاق ونظير هذه فى الطلاق أن يوكله شخص فى تطليق زوجته ويشير الى امرأة معينة فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل ثم تبين أنها امرأته . وقد تخرج هذه المسئلة على مسألة ما اذا نادى امرأة له فأجابته (١) امرأته الأخرى فطلقها ينوى المناداة فانه تطلق المناداة وحدها ولا تطلق المواجهة فى الباطن وفى الظاهر روايتان ، فعلى هذا لا تطلق الموكل فى طلاقها هنا وقد يفرق بينهما بان الطلاق هنا انصرف الى جهة مقصودة فلم يحتج الى صرفة الى غير المقصودة وان كانت مواجهة به بخلاف ما اذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة فان الطلاق يصير صرفه (٢) عنها هزلاً ولعباً ولا هزل فى الطلاق

ومنها لو اشترى آبقاً يظن انه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه ففى صحة العقد وجهان لا اعتقاده فقد شرط الصحة وهو موجود فى الباطن وفى المغنى احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع فى حقه لأنه متلاعب ، وبين من لا يعلم ذلك فيصح لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلاً وقد تبين وجود شرط صحته . وهذا بين أن للسائلة التفاتاً إلى مسألة بيع الهازل والمشهور بطلانه وهو قول القاضى . وقال ابو الخطاب فى انتصاره هو صحيح وهذا يرجع وجه بطلان البيع فى المسائل المبدوء بها

﴿ القاعدة السادسة والستون ﴾

ولو تصرف مستنداً الى سبب ثم تبين خطؤه فيه وان السبب المعتمد غيره وهو موجود فهو نوعان : أحدهما أن يكون الاستناد الى ما ظنه صحيحاً أيضاً فالنصرف صحيح مثل أن يستدل على القبله بنجم يظنه الجدى ثم تبين أنه نجم آخر مسامته : والثانى أن لا يكون ما ظنه مستنداً [استناداً] صحيحاً مثل ان يشتري شيئاً ويتصرف فيه ثم تبين ان الشراء كان فاسداً وانه ورث تلك الدين فان قلنا فى القاعدة الأولى بالصحة فهنا أولى ، وان قلنا ثم بالبطلان فيحتمل هنا الصحة لانه استند إلى سبب ميسوغ وكان فى نفس الامر له ميسوغ غيره فاستند التصرف الى ميسوغ فى الباطن والظاهر بخلاف القسم الذى قبله ذكره الشيخ تقى الدين [رحمه الله] والمذهب هنا الصحة بلاريب لأن اصحابنا اختلفوا فيما اذا وهب الغاصب المغصوب من

(١) فى الاصل فأجابه (٢) كذا فى الاصل ولعلها يصير صرفه عنها

مالكة وأقبضه إياه هل يبرأ به أم لا وحكى فيه ابن أبي موسى روايتين والمشهور أنه لا يبرأ نص عليه أحمد معللاً بأنه يحمل منته وربما كافاه على ذلك واختار القاضى فى خلافه وصاحب المغنى أنه يبرأ لأن المالك تسلمه تسليماً تاماً وعادت سلطنته إليه فبرىء [الغاصب] بخلاف ما إذا قدمه إليه فأكله فإنه أباحه إياه ولم يملكه [إياه] فلم يعد إلى سلطنته وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة وهذا اتفاق من أحمد وأصحابه على أن تصرفات المالك تعود إليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب وهو لا يعلم بالحال

(القاعدة السابعة والستون)

من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو لإبرائمن يستحق عليه الرجوع فهل يستحق الرجوع بيده أم لا؟ فى المسئلة وجهان ولها صور :

منها باع عينائهم وهب ثمنها للبشترى أو أبرأه منه ثم بان بها عيب يوجب الرد فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا على وجهين. وكذا لو أبرأه من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه على الوجهين، واختار القاضى فى خلافه أنه إذا رده لم يرجع عليه بشيء مما أبرأه منه ويتخرج التفريق بين الهبة والإبراء فيرجع بالهبة دون الإبراء وسند ذكر أصله ولو ظهر هذا المبيع [معيياً] بعد أن تعيب عنده فهل له المطالبة بأرث العيب فيه طريقان أحدهما يخرج به على الخلاف فى رده والاخرى يمنع المطالبة هنا وجهاً واحداً وهو اختيار ابن عقيل لأنه صار منه تبرعاً فلا يملك المطالبة بزيادة عليه لثلاث تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما إذا رده فإنه لا يجتمع له ذلك ومنها لو تقايلا فى العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه

ومنها لو أصدق زوجته عينا فوهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها ببدل نصفها على روايتين، فإن قلنا يرجع فهل يرجع إذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه على وجهين أصحهما لا يرجع لأن ملكه لم يزل عنه

ومنها لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعقق فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الإتياء الواجب أم لا؟ من الأصحاب من خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغنى ذلك لأن إسقاطه عنه يقوم مقام إتيائه، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إتيائه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتبه شيئاً، وأيضاً فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إتيائه إياه فقام مقام الإتياء بخلاف إسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق

ومنها لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجعا وقد قبضه زيد من عمرو ثم وهبه له لم يسقط عنها الضمان، ولو كان ديناً فأبرأه منه قبل قبضه ثم رجعا لم يلزمها شيء. ذكره القاضي في خلافه ولم يخرج على الخلاف في المسائل الأولى لأن الضمان لزمها بوجود التغريم وعود العين إلى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك في الرد إلى المغصوب منه لتحمل منته نعم يتخرج القول بسقوط الضمان هنا إذا قلنا ببراءة الغاصب بإعادة المال إلى المغصوب منه هبة لأنها اعترفا بأنه قبضه عدواناً ثم رده إليه هبة، وأما إذا أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب على شهادتهما غرم فلذلك سقط عنهما الضمان

ومنها لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه فهل يرجع على المضمون عنه ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يرجع. ولهذا قالوا لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع إلا بما قضى وجعلوه كالقرض لا يرجع إلا بما غرم لكن هذا في الإبراء والمساهة ظاهر فاما إن قضى الدين لكامله ثم وهبه الغريم منه فلا يبعد تخريجه على الوجهين

﴿ القاعدة الثامنة والستون ﴾

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك في شرط صحتها هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا، هي نوعان: أحدهما ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك إذا صلى يظن نفسه محدثاً فتبين متطهراً

ومنها لو شك هل ابتدأ [مدة] مسح الخفين في السفر أو الحضر فمسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين أنه ابتدأها في السفر لزمه إعادة الصلاة بالشك وهل يلزمه إعادة الوضوء فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه وبه جزم في المغنى لأن الوضوء يصح مع الشك في سببه كمن شك في الحدث فتوضأ بنوى رفعه ثم تبين محدثاً. والثاني يلزمه لأن المسح رخصة ولم تتحقق لإباحتها فلم يصح كمن قصر وهو يشك في جواز القصر

ومنها [لو توضأ من اناء مشتببه ثم تبين أنه طاهر لم تصح طهارته في المشهور وقال القاضي أبو الحسين يصح وهو يرجع إلى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق^(١)] ومنهالو توضأ شاك في الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت ونوى الفرض إن كان محدثاً أو الوقت قد دخل وإلا

(١) ما بين الأقواس عن ٧١١

فالتجديد أو النفل ، فذكر ابن عقيل انه يجزئه لأن هذا حكمه ولو لم ينوه ، فاذا نواه لم يضره .
ومنها لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالماً والا فتطوع
فبان سالماً أجزأه لما ذكرنا وحكى عن أبي بكر أنه لا يجزئه لأنه لم يخلص النية عن الفرض .
ويتخرج منه وجه في التي قبلها أنه لا يصح وأولى لأن هناك لم يبين على أصل مستصحب ولكنه
بنى على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفي في صحة الصلاة

ومنها إذا نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فهو فرضي (١) وإلا فهو نفل . فهل يجزئه عن
رمضان إن وافق ؟ ينبني على أن نية التعيين هل تشترط لرمضان فإن قلنا تشترط وهو المشهور في المذهب
لم يجزئه لأنه لم يجزم بالتعيين ولم يبين على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه بخلاف مسألة الزكاة
وهذا بخلاف مالمو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غداً من رمضان فأنا صائم عنه وإلا
فإنما مفرط فانه يصح صيامه في أصح الوجهين لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدر تردده لأنه
حكم صومه مع الجزم . والثاني وهو قول أبي بكر لا يجزئه للتردد ، ونقل صالح عن أبيه أنه يجزئه
النية المترددة مع الغيم دون الصوم لأن الصوم مع الغيم لا يخلو من تردد ينافي الجزم فاذا ترددت
النية فقد نوى حكم الصوم فلا يضره بخلاف حالة الصوم فانه لا يحتاج فيها إلى التردد . والنوع
الثاني مالا يحتاج إلى نية جازمة فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثله إذا نكحت امرأة المفقود
قبل أن يجوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزاً ففي الصحة وجهان

ومنها لو كان عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يجمل بقاءها ففيه وجهان : أحدهما
وهو قول القاضي في المجرّد لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهي في الذمة ولا حاضرة
فتكون مصارفة على عين ، والثاني وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الأصح بقاءها فصار كبيع
الحيوان الغائب بالصفة فانه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاءه قال ابن عقيل فإن كانت
باقية تقابضاً وصح العقد وإن كانت تالفة تبين بطلان العقد ، وهذا الذي قاله صحيح إذا تلفت بغير
تفريط فاما إن تلفت تلفاً مضموناً في الذمة فينبني على تعيين النقود بالتعيين فإن قلنا يتعين لم يصح
العقد وإلا صح وقامت الدنائير التي في الذمة مقام الوديعة لا (٢) على الوجه الذي يشترط فيه
للصرف التعيين فلا يصح على ما في الذمة

ومنها لو وكله في شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل الوكالة فأراد الوكيل أن يشتريها
منه فلم يعترف بالملك ثم قال له إن كنت أذنت لك في شرائها فقد بعثتها فهل يصح أم لا على

(١) كذا بالأصل ولعلها فرض (٢) في ٧١١ : لا

وجهين أحدهما لا يصح لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضي وابن عقيل . والثاني يصح ذكره في الكافي احتمالا لأنه تعليق على شرط واقع يعلمانه فلا يؤثر ذكره في العقد كما لو قال بعثك هذه إن كانت جارية ويشهد له نص أحمد في رواية ابن منصور بصحة بيع الغائب إن كان سالما فإن هذا مقتضى إطلاق العقد فلا يضر تعليق البيع [عليه]

ومنها الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه قال أصحابنا هي رجعة صحيحة رافعة للشك وهي المسألة التي اختلف فيها شريك بأنه يطلق ثم يرجع وما أخذه أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه فأمر بتنجيسه ثم يغسله وكذلك لم يصب من أدخل قوله في أخبار المغفلين فإن ما أخذه في ذلك خفى عنه فإما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثا أو واحدة ثم راجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه [والرجعة استيفاء له فصح مع الشك في انقطاعه] وعند الخرق لا يصح لأنه قد يتقن سبب التحريم وهو الطلاق فإنه إن كان ثلاثا فقد حصل التحريم بدون زوج وإصابة وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد النيوة بدون عقد جديد فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل الأعلى هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقا فلا يصح لأن يتقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع فيستصحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع يتقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرق في تعليقه بأنه يتقن التحريم وشك في التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلام لما ذكرنا

ومنها لو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أتم ونصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبي موسى وقال السامري بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد ، ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه مع أنه لا يعتد بطلان ما حكم به فإذا اعتد بطلانه فهو بالرد أولى وللاصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق أحدهما تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته وهو قول أبي الخطاب وغيره . الثاني تنقض كلها إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المفتى ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمنه لأنه يجب إيصاله إليه وقد حصل وإن كان لغير معين فوجهان

ومنها الحكم بإسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الاسلام المستمر على ما يدعيه أو الاسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به . وقد قال الخرقى ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فإن شهد أن لا إله الا الله وإن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء قال في المغنى لأن هذا يثبت به اسلام الكافر الاصل فكذا ذلك المرتد قال ولا حاجة في ثبوت اسلامه الى الكشف عن صحة رده ونقل محمد بن الحكم عن احمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود وقال هو لم أفعل أنا مسلم قال أقبل قوله ولا أقبل شهادتهم وذكر كلاماً معناه أن انكاره أقوى من الشهود وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تنصر فأخذ فقال لم أفعل قال يقبل منه وعلل بأن المرتد يستتاب لعله يرجع فيقبل منه فإذا أنكر بالكلية فهو أولى بالقبول وليس في هذه الرواية أنه ثبت عليه الردة ولا فيها أنه وجد منه غير انكار الردة ، وأما مسألة محمد بن الحكم ففيها أنه قال أنا مسلم وذلك يحصل به الاسلام كالشهادتين وظاهر كلام احمد يدل على أن انكاره يكفي في الرجوع الى الاسلام ولو ثبتت عليه الردة بالبينة وهو خلاف قول اصحابنا . وأما ان ثبت كفره باقراره عليه ثم أنكر ففي المغنى يحتمل أن لا يقبل انكاره وإن سلمنا فلائ الحذ هنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حد الزنا

﴿ القاعدة التاسعة والستون ﴾

العقد الوارد على عمل معين إما ان يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالاجارة فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمل المعقود معه الا بشرط أو قرينة تدل عليه وأما إن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الاذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله الا باذن (١) صريح أو قرينة دالة عليه ويتردد بين هذين من كان تصرف بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح أو بالعقد كالحاكم وولي اليتيم اما الاول فله صور :

منها الاجير المشترك فيجوز له الاستئابة في العمل لانه ضمن محصيله لا عمله بنفسه واستثنى الاصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوئاً كالفسخ فليس له الاستئابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من خلافه قال نقلت من مسائل ابن أبي حرب الجرجاني (٢) سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً الى خياط فقطعه ثم دفعه الى آخر ليخيطه قال هو

(١) بالاصل بالاذن والنصح عن ٧١٢ (٢) في ٧١١ الجرجاني

ضامن ولعل هذا فيما [إذا] دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة وعليه بنى الأصحاب صحة شركة الابدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين وكذلك لو استأجر أجيرا لعمل وهو لا يحسنه ففى الصحة وجهان لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة

ومنها لو أصدقها عملا معلوما مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالأجير المشترك .
وأما الثانى وهو المتصرف بالأذن المجرد فله صور :

منها الوكيل وفى جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان الا فيما اقتضته دلالة الحال مثل ان يكون العمل لا يباشره مثله او يعجز عنه لكثرة فعله الاستتابة بغير خلاف لكن هل له الاستتابة فى الجميع أو فى القدر المعجوز عنه خاصة على وجهين والاول اختيار صاحب المعنى والثانى قول القاضى وابن عقيل

ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان : أحدهما أنه كالوكيل وهو المذكور فى الكافى لانه استفاد التصرف بالأذن [فهو] كالوكيل . والثانى ليس له الاستتابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهو ما ذكره فى التلخيص لقصور العبد فى أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة ومنها الصبي المأذون له وهو كالوكيل ذكره فى الكافى

ومنها الشريك والمضارب وفيهما طريقان : أحدهما ان حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهى طريقة القاضى والآكثرين . والثانية يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به فى المحرر وكذلك رجحه ابو الخطاب فى رد المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الاذن فى التوكيل فى البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لانه علل بان الشريك استقل بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لانها أخص والشركة أعم فكان له الاستتابة فى الأخص بخلاف الوكيل فانه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على الحاق المضارب بالوكيل، وهذا الكلام فى توكيلهما فى البيع والشراء فاما دفع المضارب المال مضاربة الى غيره فلا يجوز بدون إذن صريح نص عليه احمد وعلل بانه انما اتمنه على المال فكيف يسلمه الى غيره ، وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولى اليتيم وفيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى وابن

عقيل وصاحب المغنى لأن تصرفه بالأذن فهو كالوكيل . والثاني أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجحه القاضي وابن عقيل أيضا في كتاب الوصايا وأبو الخطاب وجزم به في المحرر لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلاً محضاً فإنه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل ولأنه يعتبر عدالته وأمانته وهذا شأن الولايات ولأنه لا يمكنه الاستئذان أو تطول مدته ويكثر تصرفه بخلاف الوكيل هذا في توكيله فاما في وصيته إلى غيره ففيها روايتان منصوصتان واختار المنع أبو بكر والقاضي

ومنها الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له في ذلك وفيه طريقتان : أحدهما طريق القاضي في المجرد والخلاف أنه كالوكيل على ما مر فيه . والثاني وهو طريق القاضي في الأحكام السلطانية وابن عقيل وصاحب المحرر أن له الاستخلاف قولاً واحداً ونص عليه أحمد في رواية مهنا بناء على أن القاضي ليس بنائب للإمام بل هو ناظر للمسلمين لا عمن ولاه ولهذا لا يعزل بموته ولا بعزله على ما سبق فيكون حكمه في ولايته حكم الإمام بخلاف الوكيل ولأن الحاكم يضيئ عليه تولى جميع الأحكام بنفسه ويؤدي ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة فأشبهه من وكل فيما لا يمكنه مباشرة عادة لكثيرته ومنه ولى النكاح فإن كان مجبراً فلا إشكال في جواز توكيله لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه أذنهما وإن كان غير مجبر ففيه طريقتان أحدهما أنه كالوكيل وهي طريقة القاضي لأنه متصرف بالأذن ، والثاني [أنه] يجوز له التوكيل قولاً واحداً وهو طريق صاحب المغنى والمحرر لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا تتوقف استنابته على أذنها كالجبر وإنما اختلفا على اعتبار أذنها في صحة النكاح ولا أثر له هنا

(القاعدة السبعون)

الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً فهل يدخل الفاعل الخاص في عموم أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن فيه خلاف في المذهب ، والمرجح فيه التخصيص إلا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه وتترتب على ذلك صور متعددة :

منها النهى عن الكلام والامام يخاطب لا يشمل الامام على المذهب المشهور ومنها الأمر بأجابه المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المنصوص هنا الشمول والارجح عدمه طرداً للقاعدة

ومنها إذا أذن [السيد] لعبده في التجارة لم يملك أن يؤجر نفسه ، وللنعم مأخذ آخر وهو أن

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضي

ومنها إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه وخرجها أبو بكر على وجهين وهذا يتمشى على طريقتيه وطريقة ابن حامد والمتقدمين أن تكفير العبد بالمال لا يبنى على ملكه بالتملك بل يكفر به إذن السيد وإن لم يملكه، والا فلو ملك نفسه لا نعتقت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه في المسئلة روايتان ثم من الأصحاب من يحكيها في غير كفارة الجماع في رمضان لورود النص فيها، ومنهم من حكاهما في الجميع وجعل ذلك خصوصاً للأعرابي وأسقاط الكفارة عنه لعجزه وكونها لا تفضل عنه (١) واختلفوا في محل الخلاف فقيل هو إذا كفر الغير عنه بأذنه هل يجوز له أن يصرفها إليه أم لا بناء على أن التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها كما تقدم مثله في العتق وقيل بل إذا تصدق عليها لفقره هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا وهي طريقة ابن أبي موسى

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لركانه إذا أخذ الساعي منه فقد برئت ذمته منها فله أن يعسيدها إليه بعد ذلك، هذا هو المنصوص عن أحمد واختيار القاضي لأن عودها إليه ههنا [بسبب] متجدد فهو كارتبه لها ولا نقول أنه قبضها عن زكاة ماله لأنه برئ من زكاة ماله بقبض الساعي وإنما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له، وقال أبو بكر مذهب أحمد لا يحل له أخذها ذكره في زكاة الفطر وعلل بأنها طهرة فلا يجوز أن يتطهر بما قد تطهر به وهكذا الخلاف في رد الإمام خمس الفى والغنيمة على من أخذها منه وأما إسقاطها قبل القبض فلا يجوز لأن الأبراء من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب لأنهم في فجوز للإمام إسقاطه ممن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الركان إذا قيل هو في

ومنها هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف [شيئاً] على الفقراء ثم افتقر فانه يدخل على

(١) يشير إلى ما ورد في حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلك يارسول الله قال وما هلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فاتى النبي بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أفقر منى فما بين لابتيا أهل بيت أحوج إليه منا قال فضحك النبي حتى بدت أنيابه ثم قال اذهب فاطعمه أهلك

الأصح ونص عليه أحمد في رواية المروذي وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقتنا يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في الاقتناع وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم [لهم] أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفي أحد أولاده عن غير ولد والأب الواقف حي فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا يخرج على ما قبلها والمسئلة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه.

ومنها الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه فيه روايتان معروفتان وللنوع مأخذان : أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن ، والثاني أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجهم من جملة المشترين لأنه جعله بائناً فلا يكون مشترياً ، وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرف في العقد واحد بنفسه ويأخذ باحدى يديه من الأخرى فإذا وكل رجلاً يشتري له منه جاز نقل ذلك حنبلي عن أحمد فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع ممن يتهم بمحاباة أيضاً وهو ممن لا تقبل شهادته له ، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغيردون من لا ولاية له عليه وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى ، وعلى الثاني والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان أهلاً للقبول ، ويجوز على المأخذ الثالث أيضاً أن يוכל من يشتري له لاندفاع محذور ایجاد الموجب والقابل ، وإن وكل من يبيع السلعة ويشتريها هو فذكر ابن أبي موسى أنه إن كان ما ذوناً له في التوكيل في البيع جاز الشراء من وكيله قولا واحداً بناء على أن هذا الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول فكأنه اشترى السلعة من مالكها ، وإن كان لم يأذن له في التوكيل انبنى على جواز توكيله بدون إذن فإن أجزناه صح البيع وإلا فلا فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثاني وكيل للموكل الأول ، ويدل عليه تعليله بذلك في صورة الاذن في مسئلة النكاح ويحتمل أن يعتبر التوكيل لثلاث تجد الموجب والقابل مع أن هذا متقصر بالأب في مال ولده الطفل ، وأما رواية الجواز فاختلف في حكاية شروطها على طرق أحدها أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهي إليه الرغبات في النداء وفي اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني أن المشتراط التوكيل المجرد كما هي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي والثالث أن المشتراط أحد أمرين إما أن يוכל من يبيعه على قولنا بجواز ذلك وإما الزيادة على ثمنه في النداء وهي طريقة القاضي في خلافه وأبي الخطاب ، وأما أن باع الوكيل واشترط على المشتري أن يشركه فيه فهل يجوز أم لا على روايتين . أحدهما يجوز نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثنى

لنفسه الشركة أرجو ألا يكون به بأس والثانية تكره نقلها ابن منصور في رجل يدفع إليه الثوب يبيعه فإذا باعه قال أشركني فيه قال أكره هذا فاما أن اذن له الموكل في الشراء من نفسه فإنه يجوز قال كثير من الاصحاب رواية واحدة بخلاف النكاح وحكى الشيخ مجاهد الدين فيه وجها آخر بالمنع قال وهل يكون حضور الموكل وسكوته كاذنه يحتمل وجهين أشبههما بكلام احمد المنع، ونقل احمد ابن نصر الخفاف عن احمد فيمن له على رجل خمسون دينارا فوكله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقه فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدنانير لم يجز ولكن يبيعها ويستقضى ويأخذ حقه قال القاضي ظاهر كلامه أنه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقه ليستوفي منه لأن التهمة موجودة في عقد الصرف لنفسه من نفسه، وانما اذن له في الاستيفاء ولم يأذن له في المصارفة فإذا باعها بجنس حقه فله الاستيفاء منها بالاذن لأن يده كيد موكله فهو يقبض من يد غيره لنفسه لكن هذه العلة موجودة في شراء الموكل من نفسه وكذلك حكي في الخلاف في المسئلتين روايتين وجعلها صاحب التلخيص رواية يجوز أن توكيل الوكيل في ايفاء نفسه من جنس حقه خاصة وأنكر الشيخ مجد الدين أن يكون فيها دلالة على المنع مدة البيع بغير جنس الحق لاسيما ان كان جنس الحق غير نقد البلد وحمل قول احمد ببيعها على الدراهم التي هي الثمن وبني ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه فاما على قولنا بجوازه فإنه يجوز له ههنا مصارفة نفسه

ومنها شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله ذكره ابن ابي موسى وغيره وفي مسائل ابن هاني عن احمد فيمن بعث إليه بدراهم ليشترى بها من بعض المواضع فبعث اليهم بما عنده وبالع في الاستقصاء قال عما لا يعجبني أن يبعث اليهم بما عنده حتى يبين أنه قد بعث إليهم من المتاع الذي عنده

ومنها شراء الوصي من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل وفيه روايتان منصوصتان ولم يذكر ابن ابي موسى فيه سوى المنع وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فان الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فيكون عامة بخلاف من أسندت ولايته الى اذن من غيره في التصرف فان اطلاق الاذن له يقتضي أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب وقد ذكر ابن ابي موسى أنه ان اذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صح وكذا ان لم يأذن له وقلنا للوكيل أن يوكل مطلقا فاما من له ولاية بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله إن يزوجه نفسه وان قلنا ليس

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بأن المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فإن القصد منه الكفاة وحسن العشرة فإذا وجد ذلك صح والحق أيضاً الوصى بذلك ، وفيه نظر فإن الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالأذن وسواء فى ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأة من غير توكيل بل مباشرة لطرفى العقد ففى صحته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال أكثر الاصحاب يصح رواية واحدة وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقد وكيله له لأن وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى فانه يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيما يخصه .

ومنها اذا عمل احد الشريكين فى مال الشركة عملاً يملك الاستئجار عليه ودفع الاجرة فهل له ان يأخذ الاجرة أم لا على روايتين (ومنها) الموصى اليه باخراج مال لمن يحج أو يغزو وليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وقال هو متعد لانه لم يأمره وهذا تصريح بأن مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له أن يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة المذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى رواية ابن بختان وذكر فى المغنى احتمالين آخرين : أحدهما الجواز مطلقاً . والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينة على الدخول بجاز الاخذ أو على عدمه لم يحز ومع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عوض هنا ينبغى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة ولكن الاولى سد الذريعة لأن محاباة النفس لا يؤمن وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له فيه وجهان : أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحباً المغنى والمحرم (ومنها) اذا وكل غريمه أن يبرىء غرماء لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع الى الايجاب والقبول بخلاف الابرأ

(ومنها) لو قال فى الأيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم يدخل المتكلم فى الصورة الاولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره

(ومنها) الأموال التى تجب الصدقة فيها شرعاً للجمل باربابها كالغصوب والودائع لا يجوز لمن هم فى يده الاخذ منها على المنصوص وخرج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيراً على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فتونه وأفتى به الشيخ تقي الدين فى

الغاصب الفقير اذا تاب وعلى المذهب يتخرج في اعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان والمنصوص عن أحمد أنه لا يجابى به أصدقاؤه بل يعطيهم أسوة غيرهم نقله عنه صالح وكذا نقل عنه المروذى اذا دفعها الى أقارب له محتاجين ان كان على طريق المحاباة لا يجوز وان كان لم يحابهم فقد تصدق ونقل عنه حرب اذا كان له اخوان محاربين قد كان يصلهم أيجوز له أن يدفعها اليهم فكأنه استحب أن يعطى غيرهم وقال لا يجابى بها أحدا والظاهر أنه جعل اعطائهم مع اعتبار صلتهن محاباة فكذلك استحب العدول عنهم بالكلية

تنبيه — لو وصى لعبد به ثلث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه نص عليه ويكفل عتقه من باقى الوصية لأن ما ماله للوصية مشروط بعتقه فكذلك دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له

(القاعدة الحادية والسبعون)

فيما يجوز الاكل منه من الأموال بغير إذن مستحقها وهى نوعان : مملوك تعلق به حق الغير ومملوك للغير . فاما الاول فهو مال الزكاة فيجوز الاكل مما تعلق اليه النفس ويشق الانكشاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج اليه من ذلك ويطعم الأهل والضيغان ولا يحسب زكاته وكذلك يجب على الحارص أن يدع فى خرصه الثلث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقتها كما دلت عليه السنة فان استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها ، وأما الزروع فيجوز الاكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكا ونحوه نص عليه وإيس له الاهداء منها، وخرج القاضى فى الأكل منها وجهين ن الأكل من الزروع التى ليس لها حافظ . وأما الثانى فينقسم الى ماله مالك معين وإلى ماله مالك غير معين فاما ماله مالك غير معين كالهدى والأضاحى فيجوز لمن هى فى يده وهو المهدى والمضحى أن يأكل منها ويدخر ويهدى كما دلت عليه السنة، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا على وجهين أشهرهما الجواز ، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثا كالأضاحى أو يتصدق به كله أو بما يأكله منه على وجهين . واما ماله مالك معين فتوعان أحدهما أن يكون له عليه ولاية فان كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن فانه يجوز له الأكل مما بيده اذا كان داراً والارتفاع بظهره اذا كان مراكوبا لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الاكل منه أيضا بقدر عمله ويتخرج على ذلك صور :

منها ولى اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يردّه إذا أيسر على روايتين واختار ابن عقيل

أنه يأكل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئاً جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضي ونص [عليه] أحمد في رواية البرزاطي في الأم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة إلا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضانة ووجهه أن من أعطاه غيره فله الأخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصي الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه وجاز للولي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزءه من ربحه ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الإمام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم. قال القاضي مرة لا يأكل وفرق بينه وبين الوصي بأن الأب له أن يجعل للوصي جعلاً مع وجود متبرع بالنظر في مال اليتيم والولي متصرف بأذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ لم يجز له أن يجعل لأحد جعلاً عليه. وقال مرة له الأكل كوصي الأب وأخذه من نص أحمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجرًا بقدر شغله وقال هو مثل ولي اليتيم وأما الأب فقال القاضي ليس له الأكل لأجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة في ماله ولكن له الأكل منه بجهة التملك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقي الدين.

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص أحمد على جواز أكله نقله عنه أبو الحارث أنه قال في والي الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيقضي منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئاً وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى إلى رجل بارض أو صدقة للمساكين فدخل الوصي الحائط أو الأرض فتناول بطيخة أو قثاً أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك إذا كان القيم بذلك أكل. وترجم (٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبري - الوصي يأكل من الوقف الذي يليه وهذا ظاهر في أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه أبو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميموني عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة ثم قال أحمد وليه يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط فاما الوكيل في الصدقة فلا يأكل منه شيئاً نقل يعقوب ابن بختان عن أحمد في رجل في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو فقير محتاج إليه فلا يأكل منه إنما أمر أن ينفذ وصرح به القاضي في المجرد بأن من أوصى إليه بفرقة مال على المساكين أو دفع إليه رجل في حياته إلا ليفرقه صدقة لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه (٣) لأنه منفذ وليس بعامل منهم مشر ومنها الوكيل والأجير والمعروف منهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الأجرة من المؤجر والموكل لاسيما والأجير قد أخذ الأجرة على عمله ونقل حنبل عن أحمد في الولي

(١) في نسختنا: والي اليتيم الوقف (٢) وفيها: وترجم بتشديد الحاء (٣) في بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامرهما فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير ، قال القاضي في خلافه وظاهر هذا جواز الاكل للوكيل النوع الثاني، مالا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تنوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك في صور

منها الأكل من الأطعمة في دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن في أشهر الطريقين وفي الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفي رد عوضها في المغنم روايتان وهي طريقة ابن ابي موسى واختلاف الأصحاب في محل الجواز ف قيل محله ما لم يحرزه الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الاكل الا للضرورة وهي طريقة الخرقى لان احرازه منع من التناول منه وأما قبل الاحراز فان حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة وقيل يجوز الاكل ما داموا في أرض الحرب وان أحرز ما لم يقسم وهي طريقة القاضي وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقاً أو يشترط كثرتها على روايتين ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا يفرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتزيلا لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن في الأكل منه لدلائله عليه عرفاً مع العلم بتسامح غالب النفوس في بذل يسير الأطعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفي المذهب رواية ثانية بجواز الاكل من المتساقط دون ما على الشجر لأن المساحة في المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضي ورواية ثالثة بمنع الاكل مطلقاً الامع الحاجة فيؤكل حينئذ مجاناً بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالثمار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

(القاعدة الثانية والسبعون)

اشترط ائنفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع في العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الاموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها الا في نفقة الزوجة وكسوتها فان في الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فهما) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافاً (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة

وفيه روايتان اصحهما الجوار كالظئر (ومنها) البيع فلو باعه ثوبا بنفقة عبده شهراً صح ذكره القاضي في خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها في العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبساً بالعمل ويقع ذلك في العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها وما بقى معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملكهم عليه أم لا يحتمل أن لا يستقر لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب إذا اشترط المضارب التسري من مال المضاربة فاشترى أمة منه ملكها ويكون ثمنها قرضاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فإنه يستباح بالبذل والإباحة كما يستباح المرتن الاتقاع بالرهن بشرطه في عقد البيع نص عليه إجماع ويكون إباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تملكاً فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم (ومنها) إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فإنه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لأجرة وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده وإن فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا إن كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الإسلام أو أوصى بأن يحج عنه فإن فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد إذا قال حجوا عني بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقي وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما إذا كان معيناً ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وإن قال حجوا عني بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى بن أبي موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة (ومنها) إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا أن الحج من السبيل فإن حج ثم فضلت فضلة فهل يسترد أم لا لا يظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفة المعينة شرعاً ولا يجوز الإخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه (١) وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد

(١) في نسختنا: شركة

وظاهر كلام أحمد في رواية الميموني أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله في النفقة لأن الدابة قد صرفت في سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويملكها بخروجه من بلده بخلاف الغازي نص [عليه أحمد] في رواية الميموني وعلل بانه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق في الزكاة والغازي انما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع الى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ إن له الامساك بالسبب الثاني وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها اذا أخذ الغازي (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لا لازما وهو اعانة على الجهاد لاستتجار عليه فان رجع والفرس معه مملوكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو. وقال القاضي في خلافه ويكون تمليكا بشرط ومعناه أنه تمليك مراعا بشرط الغزو فان غزا تبين أنه مملوكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وان فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وان فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقاها على بن سعيد . والثانية يرد الفضل في الغزو إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى نقلها حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما ان أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الحرقى والا كثرون لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص أحمد في رواية المروذى على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة لما قدمنا

﴿ القاعدة الثالثة والسبعون ﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استجاراً له مقابلاً بموضع فيصح على ظاهر المذهب كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن. والثاني أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يعمل له ذلك من مقتضى العقد ولو أزمه مطلقاً ولا يقابل بعوض فلا يصح وله أمثلة :

منها اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الحرقى وحكى ابن أبي موسى في فساد به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة والمزارعة

على الآخر ما لم يازمه بمقتضى العقد فلا يصح وفي فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الخرق في حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد وحكى في صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساد في رواية منها وأوماً إليه في رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس في حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك إلى أن السلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أو صاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوم أن ذلك من جنس ما ذكر زمانه وأنه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والسبعون ﴾

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان : أحدهما أن يعمل العمل ودلالة حاله تمقتضى المطالبة بالعوض. والثاني أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من المصلحة. أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح والمكاري والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثاني فيدخل تحته صور :

منها من قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فإنه يستحق أجره عمله بالشرع. قال أحمد في رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن في كتابة السلطان وقال في رواية حنبل يكون لهم الذي يراه الإمام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدراً والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستعفاف مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لغير معين بخلاف مال اليتيم وأيضاً فالزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذي حصل الزكاة وجباهاً أولى وأيضاً فالعامل هو الذي جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضي في الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشترط له جعل إلا أن يكون معروفاً بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنص فهو كجعل رد الأبق وأولى لورود القرآن به (ومنها) من رد أبقاً على مولاه فإنه يستحق على رده جعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسلات وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى في الأرض بالفساد ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الأبق [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفاً

برد (الاباق) [١] أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه في رواية حرب لاتصاه للمصالح وله حق في بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الاكل من مال اليتيم كما سبق (ومنها) من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه بالبحر وفم السبع فخص احمد على وجوب الاجرة له في المتاع وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى في العبد أيضاً وحكى القاضي فيه احتمالاً بعدم الوجوب كاللقطة وأورد في المجرد عن نص احمد فيمن خلص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرها فهو للمالك الاول ولا شيء للبخل والصحيح الاول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على ماله بخلاف اللقطة وكذلك لو انكسرت السفينة فخلص قوم الاموال من البحر فانه يجب لهم الاجرة على الملاك مذكروا في المغنى لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الاموال من التهلكة فان الغواص إذا علم أنه يستحق الاجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الابق وفي مسودة شرح الهداية لابي البركات: وعندى أن كلام احمد على ظاهره في وجوب الاجرة على تخليص المتاع من المالك دون الادمى لأن الادمى أهل في الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس في كلام احمد تفرقة فاما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرنا فالمعروف من المذهب أنه لا أجر له ونقل أبو جعفر الجرجاني عن احمد في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه تتخرج على أصليين: أحدهما أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله. والثاني أن يجبر على أخذ قيمة آثار عمله من المالك لتماكها عليه وخرج القاضي في خلافه بأن يكون شريكاً بآثار عمله إذا زادت به القيمة وذكر نص أحد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هاني. وتبعه على ذلك جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل في مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا في القناة كان شريكاً فيها وليس في المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً كثيراً فيه مصلحة له وهو محتاج إليه كحصاد زرع والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تخريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكانهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضولي فلذلك حيث أن يمتنعه ويرد عوضه وهو أجر المثل وله أن لا يمتنعه فيكون العامل شريكاً بالعمل وقد قال القاضي في بعض تعاليقه وقرأته بخطه في الاجير إذا عمل في العين المستأجر عليها دون ما شرط عليه أن المالك مخير ان شاء رد عمله وأخذ الاجرة وصار الاجير

شريكا بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الاجير بالارش وذكر نص أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالارش ثم حملة على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضي في خلافة : قياس المذهب اذا لم يأت الحائلك بالثوب على الصفة المشروطة ان شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجره له وان شاء ضمنه قيمته منسوجا وعليه الأجرة ، وتكون الأجرة هنا بما زاد على قيمة الغزل . ثم ذكر رواية الميموني هذه وقال هي محمولة على أن صاحب الثواب اختار تقويمه معمولا والتزم قيمة الصعة التي هي دون التي وافقه عليها وهذا الذي قاله بعيد جدا أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقاءه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن أحمد قال ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالارش خاصة وايضا فلو غصب غزلا ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطالبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الاجير بذلك ، وذكر ابن عقيل في هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع أجرة المثل ثم ذكر احتمالا بالرجوع بالارش كما هو المنصوص والله اعلم . ومتى كان العمل في مال الغير انقادا له من التلف المشرف عليه كان جائزا كذبح الحيوان المأكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغني ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقض بذبحه

(القاعدة الخامسة والسبعون)

فيمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : احدهما من أدى واجبا عن غيره . والثاني من انفق على ما تعلق به حقه من مال غيره ، فاما النوع الاول فيندرج تحته صور : (منها) اذا قضى عنه ديننا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه في اصح الروايتين وهي المذهب عند الحنفي وأبي بكر والقاضي والاكثرين ، واشترط القاضي أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الاداء فلو نوى التبرع أو اطلق النية فلا رجوع له واشترط ايضا أن يكون المدين متمتعاً من الاداء ، وهو يرجع الى ان لا رجوع الا عند تعذر اذنه وخالف في ذلك صاحب المغني والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضي في المجرد والاكثرين وهذا في ديون الأديين . فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أداها عن هي عليه ، وعلى القاضي ذلك بان اداءها بدون اذن من هي عليه لا يصح لتوقفها على نيته ويلزم على هذا لو حج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقتلنا يصح أو أعتق عنه في نذر أو اطعم عنه في كفارة وقتلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى اسيرا مسلما حرا من اهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه الى دار الاسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء اذن له

أولم يأذن لأن الأسير يجب عليه افتدائه نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداه غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه وأكثر الأصحاب لم يحكوا في الرجوع ههنا خلافا وحكى القاضى فى كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الإذن . وهل يعتبر للرجوع ههنا نية أم يكفى إطلاق النية على وجهين : أحدهما تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضى . والثانى يرجع مالم ينو التبرع وبه جزم فى المحرر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه . ولأن انفكك الأسرى مطلوب شرعا فيرجع فيه بتوسعه طرف الرجوع لثلاث تغلب الرغبة فيه (ومنها) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فانفق عليهم ما غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضى فى خلافه وابن عقيل فى مفرداته (ومنها) لو انفق على عبده الأبق فى حال رده إليه فإنه يرجع بما انفق نص عليه وجزم به إلا كثرون من غير خلاف فإنه يستحق جملا على الرد عوضا عن بذله منافعهم فلأن يجب له العوض عما بذله من المال فى رده أولى، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر العجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما انفق عليه نص عليه أحمد فى رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم الملقط بماله كونه وحكى أبو بكر وابن أبى موسى فى الرجوع بنفقته روايتين، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية كالعبد المرهون (ومنها) نفقة اللقطة حيوانا كانت أو غيره مما يحتاج فى حفظه الى مؤنة وإصلاح فإن كانت بأذن حاكم رجع بها لأن أذنه قائم مقام إذن الغائب وإن لم يكن بأذنه ففيه الروايتان . ومنهم من يرجع هاهنا عدم الرجوع لأن حفظها لم يكن متعينا بل كان مخيرا بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها وذكر ابن أبى موسى أن الملقط إذا انفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها وإن كان محتسبا ففى الرجوع روايتان (ومنها) نفقة اللقطة خرجها بعض الأصحاب على الروايتين ، ومنهم من قال يرجع ههنا قول واحد وإليه ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على الملقط ونص أحمد أنه يرجع بما أنفق على بيت المال (ومنها) الحيوان المودع إذا انفق عليه المستودع ناويا للرجوع فإن تعذر استئذان مالكه رجع وإن لم يتعذر فطريقان : أحدهما أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى لأن للحيوان حرمة فى نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحيانا وهى طريقة صاحب المغنى . والثانية لا يرجع قول واحد وهى طريقة المحرر ومتابعة لأبى الخطاب لكن من اعتبر الرجوع فى قضاء الدين بعذر الإذن فهنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك فى الدين واعتبره ههنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براء لذمته وتخليص له من الغريم وههنا اشتغال لذمته بدين لم تكن مشغلة به وهو ضعيف وينتقض بنفقة الأقارب، كما تقدم فإن

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزامه فقد خلصه من ذلك وعجل براءته منه وقضاء الدين لم تبرأ به ذمته بالسكينة بل هي مشغولة بدين المؤدى عنه أيضا فان الاذن في الاتفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفي فينزل منزلة اللفظي (ومنها) نفقة طائر غيره اذا عشن في داره قال أحمد في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فان كان قد علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعا لم يرجع وان لم يتطوع يحسب بالنفقة أخذ من صاحبها ما تنفق ولم يفرق بين امكان الاستئذان وعدمه، وخرج القاضي رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها في المرتن وغيره

وأما النوع الثاني وهو ما يرجع فيه بالاتفاق على مال غيره لتعاق حقه به فله صور (منها) اتفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحمد في رواية أبي القاسم في رجلين بينهما أرض أو دار أو عبد يحتاج الى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر. قال: ينظر في ذلك فان كان يضرب شريكه ويمتنع بما يجب عليه الزم ذلك وحكم به عليه ولا يضرب بهذا ينفق ويحكم به عليه. ويتفرع على هذه المسئلة فروع من جملتها اذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه فالمذهب أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه. لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعا كالوصى والحاكم في ملك اليتيم.

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتن بغير اذن الراهن، قال أكثر الأصحاب كالقاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتن. وقال صاحب المحرر: لا يرجع بشيء وأطلق لأن المالك لم يجب عليه الاقتداء ههنا، وكذلك لو سلمه لم يازمه قيمته لتكون رهنه وقد وافق الأصحاب على ذلك وإنما خالف فيه ابن أبي موسى ومنها مؤنة الرهن من كرى مخزنه وأصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يلزم الراهن إذا قام بها المرتن بدون اذنه مع تعذره فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتي صرح به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجبا على الرهن لعلاقة حق المرتن ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتن بغير اذن قال القاضي في المجرد وصاحب المغنى والمحرر لا يرجع الا بأعيان آله لان بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزم به في الخلاف الكبير للقاضي أنه يرجع لانه من مصلحة الرهن. وقال ابن عقيل يحتمل عندي أنه يرجع بما

ينحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى، ولو قيل إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون [به] لم يرجع لأنه لا حاجة له إلى عمارتها حينئذ وإن كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيا للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لمكان مسحها (١) ومنها عمارة المستأجر في الدار المستأجرة ولا يرجع بها نص عليه أحمد في غلق الدار إذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن، ولكن حكى صاحب التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم باصلاح منكسر وإقامة مائل فإما تجديد البناء والأخشاب فلا يلزمه لأنه اجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد وللستأجر الخيار، قال ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى. فعلى [القول] الأول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما انفق على التجديد وعلى الثاني يتوجه الرجوع

(فصل) وقد يجمع النوعان في صور فيؤدى عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه وفي ذلك طريقان أحدهما أنه على روايتين وهى طريقة الاكثرين والثاني يرجع هنا رواية واحدة وهى طريقة القاضى فى خلافه فمن ذلك أن ينفق المرتهن على الرهن باطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً ففيه الطريقان أشهرهما أنه على الروايتين كذلك وقال القاضى فى المجرّد والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثر والمذهب عند الأصحاب الرجوع ونص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وأبى هانىء أنه يركب ويحلب بقدر نفقته، ولم يعتبر إذا كان عليه النص الصحيح وأيضاً فلا إذن فى الاتفاق هنا عرفى فيقوم مقام اللفظى وبالمرتهن إليه حاجة لحفظ وثيقته فصار كبناء أحد الشريكين الحائض المشترك، ونقل [عنه] ابن منصور، فيمن ارتهن دابة فلفها بغير إذن صاحبها فاللف على المرتهن من أمره أن يعلف وكذلك نقل عنه مهنا فى كفن العبد المرهون لكن الكفن من النوع الأول، وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبى موسى وحمل القاضى فى كتاب الخلاف هذا النص على أن الرهن كان حاضراً وامكن استئذانه وعلف بدون إذن وقد صرح القاضى بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان (٢) واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الأقارب

(١) فى نسختي الدار لكان متوجها

(٢) كتب بهامش نسختنا بازاء هذا الموضع مانصه : نفقة الأقارب، وكتب بهامش ٧١٢ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الأقارب الى قوله بدون فرض الحاكم لها عمله فى آخر سطر فى هذه الصفحة (يريد صفحات الاصل) بعد قوله . ولم يعتبر إذن الحاكم، وقوله بعد ذلك وكذلك أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلى قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر

أن يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر، وفي الترغيب ليس لغير الاب الاستقراض إلا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير، وإنما للزوجة الاخذ من مال زوجها الموشر عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكى في أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الانفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليه لانتفاء ولايتها عليه، وهذا كله مخالف لظاهر كلام احمد المتقدم ولقواعد المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص احمد على انها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضي وغيره أن من انفق على اقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فانه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن ابي موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته فانها ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافاً في سقوط نفقة [الزوجة بناً على انها لا تسقط بمضى الزمان في اشهر الروايتين] (٢) بمضى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر مع انه وافق طريقة الخلاف في الرجوع قولاً واحداً بخلاف ما ذكره في الضمان وضعف صاحب المغنى اعتبار الاذن طرداً لما ذكره في الضمان (ومنها) اذا هرب الجمل وترك الجمل فأنفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم ففى الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة ثم ان الأكثرين اعتبروا هنا استدنان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة وفي المغنى إشارة إلى التسوية من الكل في عدم الاعتبار وان الانفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفي المغنى وغيره وجه آخر انه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساقى قبل تمام العمل استوجر عليه من يئمه والحكم فيه كالجمال إلا أن للبالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجة النفقة على أنفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فانها ترجع بذلك نص عليه في رواية أبي زرعة الدمشقي ولم يعتبر إذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا اعاره شيئاً ليرهنه ثم افتكه المعير بقضاء الدين فانه يرجع هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضي (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فانه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضي فيه خلافاً وهذه المسئلة والتي قبلها قد لا يطرد فيها الخلاف لأن الانفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كاتفاق الشريك على عمارة الخائط يرجع

(١) في د: يلزم (٢) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخر ما أشير اليه على هامش ٧١٢

(٤) يلاحظ أن هذه الفقرة تقدمت في السطر الثامن معزوة لابن أبي موسى

به بغير خلاف وإنما الخلاف إذا كان الاتفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق إلا أن الأصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين (١) مال المنفق

(القاعدة السادسة والسبعون)

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى رفع مضرّة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب وفي رواية أخرى إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فعله ولم يجبر الآخر معه لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة فإن احتاجا إلى تجديد منفعة فلا اجبار ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) إذا تهدم الحائط المشترك فالمذهب اجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نص عليه في رواية جماعة فإن الاجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالتزاع بالشفعة وبيع مالا يمكن قسمته والمعنى (٢) فيه أن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل وأما الرواية الثابتة بعدم الاجبار فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الاجبار في بناء حيطان السفلى إذا كان العلو آخر وانهدم الكل أنه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفلى في السفلى والفرق واضح لأن السفلى ملكه ومختص بصاحبه بخلاف الحائط المشترك ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما بابا وذكر النص بالاجبار في الحائط والنص باتفائه بالصورة الأخرى وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط فللشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم وصرح القاضي في خلافه واعتبر في المجرّد استئذان الحاكم ونصر أحمد على أنه يشهد على ذلك، وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله وإن أعاده بآلته الأولى ففيه وجهان: أحدهما ليس له المنع لأنه عين ملكهما المشترك وهو قول القاضي في المجرّد وابن عقيل والأكثرين. والثاني له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف لأنه متقوم حيث وقع ما ذونا فيه شرعاً وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر وحكاه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب وإذا أعاده بآلة جديدة وانفق على دفع القيمة جاز، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما انفق عليه ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخذهما هل ذلك من باب الرجوع بما انفق على ملكه باذن معتبر أو هو

(١) في نسختنا (٢) في د: والمعنى

معاوضة عن ملك الثاني كضمان سراية العتق والاستيلاد وأن امتنع الثاني من القول وطلب رفع البناء من أصله ليعيداه من مالهما فقد يتخرج على هذا البناء فإن قلنا هو رجوع بما انفق على ملكه لم يكن له الامتناع وإن قلنا هو معاوضة فله ذلك وفي المجرد والفصول البناء على الاجبار ابتداء وعدمه فإن قلنا يجبر أجبر هنا على التبعة والا فلا وقد يقال هو معاوضة سواء كان بالقيمة أو بالنفقة كما أن زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية وبالنفقة على أخرى والاجبار على المعاضات لازالة الضرر غير مستبعد فإن قيل فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره فكيف منعتم ههنا قلنا إنما منعناها هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن ، وأما التمكن من الوضع للارتفاق فتلك مسألة أخرى وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة والتزم ابن عقيل في المفردات تخريج رواية من هذه المسألة منع الجار من وضع الخشب مطلقاً ثم اعتذر بأن حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة وحمل حديث الزبير وشريكه في شراج الحرة على مثل ذلك

(ومنها) إذا تهدم السقف الذي بين سفلى أحدهما وعلو الآخر فذكر الأصحاب في الاجبار الروايتين والمنصوص ههنا أنه انكسر خشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الاجبار وإن تهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فإن لم يفعل أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه لأنه ستره له نقل ذلك عنه أبو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم أن صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما بني به السفلى ويكون لهما جميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه ما بني به الحيطان فيصير البيت كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه ، ويحتمل أن يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما ولذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في بناء الحيطان حتى أخذ القاضى منها رواية بعدم الاجبار في الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء ، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء وحكى القاضى في خلافه في إيجاب صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها إجباره منفرداً بنفقته وأخذها من رواية أبي طالب وفيه نظر لأن أحمد علل بأنه ستره له فعلم أن إجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى أشد من تضرر الجار بترك السترة لأن هذا

يمنعه حقه بالكلية بخلاف ترك السترة وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى والثانية يجبر على الاتفاق على وجه الاشتراك نقلها يعقوب بن بختان فقال يشتركون على السفلى وهو مروى عن أبي الدرداء رضى الله عنه الثالثة لا يجبر وهي رواية ابن الحكم وحكى في المجرى اجبار كل منهما على أن يبنى مع الآخر الخيطان روايتان وكذا في الاجبار على بناء السقف الذى يختص بملك صاحب العلو وحاصل هذا يرجع الى انه هل يلزم الانسان بناء ملكه الخاص به اذا كان انتفاع غيره به مستحقا كما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السترة وهل يلزم الشريك فى الانتفاع البناء مع المالك كالشريك فى الملك وعلى هذا يخرج إذا كان له على حائط جار له يحاذيه ساباط بحق فانهدم الحائط هل يجبر المالك على بنائه وظاهر كلام القاضى فى خلافه اجباره أن يبنيه منفردا به غير خلاف ولعل هذا فيما اذا كان بحق معاوضة ومثله ذكر ابن عقيل فى فتونه فى من له حق اجراء مائه على سطح غيره فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى الاصلاح وكذا لو كان ماء تلك الدار يجرى الى بئر بحق فعابت البئر لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى اصلاحها ويخرج ذلك كله على الخلاف فى السفلى الذى علوه للمالك [آخر] يتوجه ويرجع الى أن الشركة فى الانتفاع هل هي كالشركة فى الملك (ومنها) القناة المشتركة اذا تهدمت نص أحمد على الاجبار على العماره كما سبق ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافا واما ذكر الروايتين فى الحائط والفرق أن الحائط يمكن قسمته بخلاف القناة والبئر وطرد القاضى والاكثر فى الروايتين واذا لم نقل بالاجبار فعمر احدهما لم يكن له منع الآخر من الماء ذكره القاضى فى المجرى وابن عقيل وصاحب التلخيص والمنع لأن الماء باق على ما كان عليه من الملك والاباحة وانما أزال الضرر عن طريقه ولا يقع الاشتغال على ملك الآلات المعمور بها ، وفى الخلاف الكبير والتهام لابي الحسين له المنع من الانتفاع بالقناة ويشهد له نص عليه بالمنع من سكنى السفلى اذا بناه صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط اذا أعيد بآلاته العتيقة لأن ذلك كله انتفاع بما بذل فيه الشريك ماله فيمنع منه بغير اذنه ولأن انفاقه على نفسه وشريكه جائز فيستحق الرجوع ولا يكون متبرعا (ومنها) ان ما يقبل القسمة من الأعيان اذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلفها ومؤونها لتكميل نفع الشريك ، فأما ما لا يقبل القسمة فانه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك فى رواية الميمونى فقال إذا اختلفوا فى القسمة فليس للبضار شئ إذا كان يدخله نقصان ثمنه ببيع وأعطوا الثمن وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال كل قسمة منها ضرر لأرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض فى قسمتها ضرر ويقال لصاحبها إمان تشتري

وأما أن تتركه إذا كان ضررا وصرح بذلك ابن أبي موسى والقاضي والحلواني والشيرازي وابن عقيل
والسامري وصاحب الترغيب ، وصرح بمثله في اجارة العين اذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحا ، وكذلك
قال القاضي في خلافه وأبو الخطاب في انتصاره ، وكثير منهم صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وان
لم يطلب البيع ، ولهذا مأخذان : أحدهما أنه اذا تعذر قسمة العين عدل الى قسمة بدله وهو القيمة ،
وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلب القسمة ، وهو ظاهر كلام أحمد . والثاني أن حق الشريك في نصف
القيمة . لا في قيمة النصف فلو باع نصيبه مفردا لنقص حقه ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن
الشرع أمر في السراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركا قيمة حصصهم ، وقد نص الأصحاب على
أن للولي بيع التركة على الصغار والكبار اذا كان في تبعضها ضرر واحتيج الى البيع ، وما دل عليه
كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصورة قد يكون بناء على أن ضرر ما نقص
ليس بمانع من قسمة الاجبار كقول الخرقى ، وإنما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسوم فحينئذ يكون
عدم الاجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيا على أن القسمة ممكنة ومع الاجبار عليها لا يقع
الاجبار على البيع ثم وجدت في مسائل ابن منصور عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما
أن يبيع وأبى الآخر ، قال أحمد يبيع كل منهما حصته وهذا يدل على أنه لا اجبار على البيع مع
الشريك ، وهذا كله في المشاع المشترك ، فاما المتميز كن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ
لغيره اذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففى اجباره وجهان ، أو ردهما صاحب المحرر في غراس
المستعير لأنه يستدام في الأرض فلا يتخاص أحدهما من صاحبه بدون البيع ، بخلاف غرس الغاصب
فانه يتخاص منه بالقاع ، فاما البيع ففى المغنى وغيره فى بيع الغاصب ان طلب مالك الثوب أن يبيع
معه لزمه وفى العكس وجهان وجزم القاضي فى خلافه بالاجبار على البيع بطلب الغاصب ، وأما
صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع اجبر الآخر عليه ، وهذا لأن
الصبغ يستدام فى الثوب فلا يتخاص من الشركة فيه بدون البيع ، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب
وغيره على وجه ثلثا يتسائط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهرا (ومنها) قسمة
المنافع بالمهايأة هل تجب الاجابة اليها أم لا ، المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه فى
المذهب سواه وفرقوا بين المهايأة والقسمة بان القسمة افراز أحد الملكين من الآخر والمهايأة
معاوضة حيث كانت استيفاء للنفعة من مثلها فى زمن آخر ، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه
فلا يازم بخلاف قسمة الأعيان ، ونص أحمد فى رواية صالح وحنبل وأبى طالب فى العبد المشترك
إذا أعتق أحد الشريكين نصفه أو كاتبه فانه يكون يوما لنفسه ويوما لسيده الباقي ، وتأوله القاضي

على التراضي وهو بعيد ، وحكى أبو بكر في التنبيه فيه روايتين ، أحدهما : يكون يوما لنفسه ويوما لسيده ، والأخرى أن كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهايأة حكما من غير طلب وفي المسألة وجه آخر أنه تجب المهايأة بالمكان دون الزمان لا تنفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه في المهايأة بالامكان فهو كقسمة الأعيان واختاره صاحب المحرر وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقا فيجوز بالتراضي ، وهل يقع لازمة إذا كانت مدتها معلومة أو جائزة على وجهين ، والمجوز في الترغيب الجواز ، واختار صاحب المحرر الزوم ، وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقي الدين لا يفسخ حتى ينقضي الدور ويستوفي كل منهما حقه منه ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم وهي أن منزله روجتان فقسم لأحدهما ثم أراد أن يطلق الأخرى لم يجزله حتى يوفيهما حقه من القسم لثلاث فوت حقه بالطلاق ، ولا يقال هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة لأنها إنما ألزمت لأجل المساواة بين الزوجية ، ولهذا قال القاضي ومن اتبعه أن قدم الابتداء ليس بواجب ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض ، فاتفق الشيخ تقي الدين رحمه الله بأنه يرجع على الأول بيد حصته من تلك المدة التي استوفاهما ما لم يكن قد رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال كان جملا للتالف قبل القبض كالتالف في الإجارة قالوس وادقلنا القسمة إفراز أو بيع فإن المعادلة معتبرة فيها على القولين ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس انتهى ، وهذا على القول بالجواز ظاهر ، ولكن الشيخ رجح الزوم . ويتخرج في الرجوع حينئذ وجهان بناء على الروايتين فيها إذا تقاسم الشريكان الدين في ذم الغرماء ثم تلف أحدهما قبل القبض هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا ؟ على روايتين نقلهما معا ابن منصور في مسائله عن أحمد ، ورواية الرجوع حمها الأصحاب على أن القسمة لم تصح ، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لأن القبض بها محرم باطل ، ولهذا قالوا لو قبض شيئا بأذن شريكه لا انفرد به على الصحيح فيكون حينئذ شبهه بالمهايأة (ومنها) الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه ، ذكره القاضي ، وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع والآخر بقبضه وأخذه من مسألة الجدار وهو أولى بالوجوب لأن السقي من باب حفظ الأصل وإبقائه فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل ، وذلك أولى بالوجوب من بناء الساقط لأن إعادة الحائط بعد زواله شبهه بأحداث المنفعة لكن لما كان ردأله إلى ما كان عليه ألحق باستيفاء المنفعة ، وألحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتج إليه مثل الحارس والناظر والدليل على الطريق

والرشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال ، وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طالب السقي لحاجة ملكه إليه أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطالب دون صاحبه ، وهذا يشمل ما إذا كان [نفع] السقي راجعاً إليهما ، وعلى ذلك في المغني بأن السقي لحاجته وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فإن النفع إذا كان لهما فالمؤونة عليهما كبناء الجدار وإن عطش الأصل وحيف عليه الضرر ففي الإيجابار على القطع وجهان ذكرهما في المغني وعلى الإيجابار بأن الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبعية والأصل ينحفظ بالقطع فراعته أولى ، وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بشجر لرجل وبرقته لآخر أنه لا يجبر أحدهما على السقي لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشتري في رهوس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما سبق في الوصية بالزرع والتبن

(القاعدة السابعة والسبعون)

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر ولم يفصله ماله فللمالك الأصل أن يملكه بالقيمة من ماله ويجبر المالك على القبول وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل ويخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها غراس المستأجر وبنائه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللأجير تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه ، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثر ، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة للمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء (ومنها) غراس المستعير وبنائه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الإعارة وقلنا يلزم بالتوقيت فالمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة نقله عنه منها وابن منصور ، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد لكن قال في رواية يملك بالنفقة وللمالك القلع ابتداء بغير خلاف ، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر وإن لم يكن فيه ضرر فتردد فيه كلام الأصحاب ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يقلع بدون شرط (ومنها) غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبنائه حيث يتصور ذلك إذا انتزع الشفيع فانه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه وللمالك أن يقلعه أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص (ومنها) غراس المفلس وبنائه إذا رجع صاحب الأرض فللمفلس والغرماء القلع فإن أبوه وطلب البائع

الملك بالقيمة ملكه ، وكذلك إذا طالب القاع مضمونا (ومنها) إذا أصدقها أرضاً فغرس فيها أو بنت ثم طلقها قبل الدخول فطلب الرجوع في نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء قال الخرقى يجبر على القبول ، وقال القاضى يسقط حقه إلى القيمة على قوله فليست المسألة بما نحن فيه فان قيل هذه المسألة والتي قبلها يملك فيهما الغراس والبناء مع الأرض فلا يكو [نا] من صور مسائل القاعدة . قيل بل هما منها فان الشفيع إنما استحق انتزاع بناء المشتري وغراسه لأنه أحدثه في حال تعلق حقه به ، فكأنه قد أحدثه في ملكه ، وكذلك الزوجة لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لتعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى ، وفي انتقال ملك النصف إليها خلاف مشهور فكذلك [يستحق] الزوج تملكه (ومنها) القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبني فللمالك تملكه بالقيمة كغراس المستعير ولا يقلع الا مضموناً بالاستناد إلى الاذن ، ذكره القاضى وابن عقيل (ومنها) غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال ، والمنصوص عن احمد انه يملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً فله عنه حرب ويعقوب ابن بختان في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره ، وكذلك نقل عنه محمد بن [ابن] حرب الجرجاني عن احمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخرانه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقلع غرسه ، وحمل القاضى هذه النصوص على أن له القيمة على من غرس (١) كما في الغرور بنكاح أمة ، قال فاما المستحق الأرض فلا ضمان عليه لأنه لم يحصل منه اذن في ذلك ، وهذا مخالف لمذلول هذه النصوص على مالا يخفى وكونه لم يحصل منه اذن لا ينفي كون الغراس محرماً كما نقول فيمن حمل السيل إلى أرضه نوى فنبت شجراً انه كغراس المستعير على أصح الوجهين لا يقلع مجاناً لعدم التعدى في غرسه وهو اختياره أعنى القاضى ، وأقرها الباقي في موضع من خلافه رواية ، وكذلك صاحب المحرر ، ولكن الذى ذكره ابن ابى موسى والقاضى في المجرد وتبعه عليه المتأخرون أن للمالك قلعه مجاناً ويرجع المشتري بالنقص على من غرسه والصحيح الأول ولا يثبت عن أحد سواه ، وهو قول الليث ومالك وأبي عبيد وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما ، لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطى الغراس قيمة غرسه وبين أن يدفع الغراس إليه قيمة أرضه ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز ، لكنه انما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن نفع (٢) قيمة الغراس وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد [القاسم بن سلام]

(١) كذا في نسختي الداروفي نسختنا: غيره (٢) كذا ولعلها دفع

في كتاب الأموال، والخلال في كتاب القرعة من الجامع (ومنها) غراس الغاصب وبنائوه والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً وأبغى عليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية لا يقلع بل يملك بالقيمة أيضاً ومن حكاهما القاضي وابن عقيل في كتاب الروايتين لهما وخرجاها في خلافيهما من مسألة الصبغ، ونص عليها أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضاً أو داراً وبني فيها قال يعجبني أن يغرم البناء، ويعطى لأنه إن أخذ الغاصب بناءً أضرب رب الأرض في الخراب والهدم ويكون أيضاً ذهاب مال الغاصب في الآجر والجص وكل شيء وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد في رجل أكرى أرضاً فغرس فيها أشجاراً واشترط عليه رب الأرض أن لا يغرس فيها غيره فغرس فيها شجراً يعني غير ما اشترطه وأثمر الشجر وأراد أن يقلع الغراس قال لا يقلع الشجر من الأرض [لئلا] يضر بهما جميعاً، وعلى هذه الرواية فلا يقلع الا مضموناً للغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي وابن عقيل بذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنها) إذا بنى الوارث في الأرض الوصى بها قال ابن أبي موسى إن كان غير عالم بالوصية فهو محترم يملك بقيمته غير منقوع وجهاً واحداً، وإن كان عالماً بالوصية فكذلك ويتوجه أن يقلع بناءه ولم يفرق بين ما قبل القبول وبعده فإن ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فإنه ذكر أن من أوصى لمن لا يعرف حملت وصيته إلى الحاكم ليفرقها في أبواب البر ونص أحمد على ذلك أيضاً ولكن ما ذكره من أن الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أن بناءه لا يقلع يشكك على ذلك لأنه يكون كبناء الغاصب، وأما غير العالم فبناء المشتري من الغاصب على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم وذلك يرجع إلى أن الموصى له يملكه من حين القبول، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت فالبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنها) من كان في أرضه نخلة لغيره فالحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي ورد في ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابها أن يبيعوا بني فامرهم أن يناقلوا بني فامرهم أن يهبوا فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أنت مضار، اذهب فاقطع نخله. قال أحمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فإن أجاب والا جبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق له والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في السنن وأورده الخلال في الجامع من وجه آخر ولا يقال لم يأمره بضمان النقص فيكون كفر من الغاصب فكيف يملك لانا قدما الخلاف في غرس [الغاصب] وإيضاً فالامر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضاربة والإمتناع من قبول

ما يدفع ضرر المالك ولهذا قال أصحابنا في المستعير اذا امتنع المعير من الضمان مطلقا فطلب قيمة الغراس والبناء اجيب الى ذلك وان طلب القلع وضمان النقص لم يجب

ومن ذلك اذا اشترى حيوانا يؤكل واستثنى رأسه أو اطرافه فانه يصح ، فاذا امتنع المشتري من الذبح لم يجب وكان له قيمة المستثنى نص عليه ومن ذلك من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ هل يملك من عاد اليه الملك ويملك الصبغ بالقيمة أم لا قال الاصحاب في بايع المفلس اذا دفع اليه الثوب وفيه صبغ أن له تملكه بالقيمة لانه معد للبيع ولا بد فيكون البائع أولى منه لاتصاله بملكه ، وأما إن رجع اليه بفسخ بعيب فالمشهور أنه لا يملك تملكه قهراً ، وخرج ابن عقيل وجماً آخر أنه يملكه بالقيمة من مسألة الخرق في الصداق حيث قال له تملك الصبغ بقيمته ، ونقل حنبل عن احمد أن المشتري يرد المبيع على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ وهذا يشعر باجبار البائع على دفع قيمته ، وأما الغاصب اذا صبغ الثوب فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهراً أم لا فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور انه لا يملك قلعه ويملكه على وجه مضمون بخلاف البناء والغراس فلا يتخلص من الضرر بدون تملكه فاما الآثار التي يقع بها الشركة كضرب الحديد مسامير ونجر الخشب ابواباً فان كان ذلك من الغاصب فنص احمد في رواية محمد بن الحكم على أن المالك يدفع اليه قيمة الزيادة ويملكه عليه وكذا قال ابن أبي موسى والشيرازي لكنها جملة المردود نفقة العمل دون القيمة

{ القاعدة الثامنة والسبعون }

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح تملكه وتخاصه من ملك غيره فان لم يكن من دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ماله بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص ، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص وكذا ان وجد من دخل النقص عليه إذن في تفريط ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط وإن وجد منه إذن في اشتغال ملكه بهال غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط فوجهان ، ويفرق على ذلك مسائل كثيرة

(منها) لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فانه يهدم ويضمن للمشتري النقص (ومنها) لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع لحصده فان لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها ، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضي

وابن عقيل (ومنها) لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بهضها أو أدخلت بهيمة غيره رأسها في قدره أو وقع دينار غيره في محبته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار (ومنها) لو حل السيل إلى أرضه غرس غيره فثبت فيها قلعها ماله فعليه تسوية حفره (ومنها) لو اشترى أرضاً فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المقاس والغراء القلع فعليه تسوية الحفر وضمان ارش النقص لأنه نقص حصل بتعلمهم في ملك البائع ليخلص ملكهم منه (ومنها) لو غصب نصيلاً وأدخله داره وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها فانها تهدم من غير ضمان لتفريطه ، وكذلك اذا غصب غراساً وغرسه في أرضه فانه يقلع ولا يضمن حفره (ومنها) لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه وقبلها يملكه فعليه نقص الثوب بذلك كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه (ومنها) لو اعاره أرضاً للغراس ثم أخذ غرسه فان كان قد شرط عليه القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر لأن المالك رضى بذلك باشتراطه [له] وان لم يشترط عليه القلع فوجهان أحدهما لا يلزمه أيضاً قاله القاضي وابن عقيل لأن الاعارة مع العلم بجواز القلع رضاه بما ينشأ عنه من الحفر والثاني يلزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافي لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل ارش النقص فينبغي أن لا يلزمه التسوية لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك فاما الاعارة للزرع اذا كان عروقه الثابتة تغرس بالأرض فقد يقال يجب نقلها وتسوية الحفر لأن الزرع يجبر على تفريغ الأرض منه بخلاف الغرس وقد يقال لا يجب لأن الاذن فيه مع العلم بانه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلع المعتاد (ومنها) اذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة كان القلع مشروطاً عند انقضائها فلا ضمان وان لم يكن مشروطاً ففيه الوجهان أيضاً ولم يحك صاحب الكافي في الضمان خلافاً وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد وعال بانه قلع غرسه من أرض غيره التي لا يملكها عليها بغير أمره، وجزم صاحب التلخيص بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافاً وعلل بأن المالك دخل على ذلك (ومنها) اذا غرس المشتري في الأرض ثم انتزعها الشفيع فقلع المشتري غرسه ففيه وجهان . أحدهما عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقي لأن قلعه في ملك غيره لتخليص ملكه ، والثاني لا يلزمه ذلك ذكره القاضي وبه جزم في السكافي معاملاً باتقاء عدوانه مع أنه جزم في باب العارية بخلافه والقاضي انما غاله بأنه ملك نفسه من ملك نفسه وهذا انما يكون اذا قلغ قبل تملك الشفيع لا بعده .

(القاعدة التاسعة والسبعون)

الزراع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

القسم الأول أن يزرع عدواناً محضاً غير مستند إلى إذن بالكلية، وهو زرع الغاصب فالمذهب أن المالك أن أدركه نابتاً في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وإن أدركه قد حصد فلاحق له فيه، ونقل حري عن أحمد أن له تملكه أيضاً، وهم أبو حفص العكبري ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً والمعروف في المذهب خلافه والمعتمد عند الأصحاب في المسئلة هو حديث رافع بن خديج، وقد احتج به أحمد تارة، وقال تارة ما أراه معظماً وذكر فيه حديثاً آخر مرسلًا من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفرق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقلع غرسه كما دل عليه قوله ليس لعرق ظالم حق فإن الزرع يتلف بالقلع فقلعه فساد بخلاف الغرس ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكاً للمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقاً من مائه وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمي النساء حرثاً ولعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره فجعل الولد زرعاً وهو للمالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من المائتين ثم يغتذى من دم المرأة فأكثر أجزائه مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يغتذى من الأرض ومائها وهوائها فنصير أكثر أجزائه من الأرض وإنما خير مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ الاجرة لانه قابل لاستيفائه به قد الاجارة بخلاف الإيلاد وجبر حق صاحب البذر باعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوماً بخلاف ما يخاق منه الولد فانه لقيمة له ولذلك لم يجب لأحد الأبوين شيء وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئاً مما تنبت المعادن لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزراع وهذه الطريقة سلكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه

القسم الثاني أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استأجر لزراع شعير فزرع ذرة أو دخاناً حكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديده بزرعه فانه غير مستند إلى إذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أن عليه ضمان أجره المثل للزيادة ولم يذكر تملكه فان هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه غير مأذون فيها، وهي غير متميزة فكيف يملك

المؤجر الزرع كله . وقد ينبئ ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان ؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقي ، والقاضى والثانى اختيار ابن عقيل وحكامه القاضى عن أبى بكر وكلامه فى التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يملك المؤجر الزرع كله وعلى الثانى يتوجه ذلك فكيف يزم القاضى بتملكه مع اختياره للوجه الأول فى الضمان . ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها مالا تنهاى فى تلك المدة ثم انقضت فقال الاصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع العاصب للعدوان ، ثم ان القاضى وابن عقيل قالوا عليه تفريغ الارض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فانما المالك غدير بين تملكه وتركه بالأجرة فاما انقلع فلا

القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد من له ولاية العقد كالمالك [والوكيل] والوصى والناظر اما بمزارعة فاسدة أو باجارة فاسدة . فقال الاصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الارض أجرة مثله . وذكر القاضى فى خلافه أن أحمد نص عليه فى رواية حرب فى البيع الفاسد وانما رواية حرب فى الغرس . وذكره الخرقي أيضا فى المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند الى اذن من له الاذن فلا يكون عدوانا ويحتمل أن (١) هذا التفريق بين اذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصى فلا يعتبر اذنه لا انتفاء المصلحة فى العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود المالك كالبيع وعقود التصرف بالاذن كالمزارعة لأن عقود المالك وقع العقد فيها على المالك دون الاذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري فى العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فان الاذن موجود فى صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف فى فاسدها وقد ورد فى ذلك حديث مرسل من طريق الاوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد ، عن اربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبل الأرض ، وقال الآخر قبل الفدان ، وقال الآخر قبل البذر ، وقال الآخر على العمل . فلما استحصد الزرع تفاتوا فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم ، وجعل لصاحب الفدان شيئا معلوما ، وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال فى رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره . وقال ابو داود سمعت احمد ذكر هذا الحديث قال هو منكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لصاحب الأرض ، وفى هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر ، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الامام

(١) فى نسختي الدار : على هذا التفريق

أحمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض في الاجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة. وقال في رواية
 ابراهيم بن الحارث الحديث حديث أبي جعفر الخطمي يشير الى ما رواه ابو جعفر عن سعيد بن
 المسيب. قال قال كان ابن عمر لا يرى بها يعني المزارعة بأساحتها باغ عن رافع بن خديج حديث فلقية فقال
 رافع أتى النبي ﷺ بنى حارثة فرأى زرعاً فقال : « ما أحسن زرع ظهير ، اليس أرض ظهير ؟ »
 قالوا بلى ولكنه أزرعها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته» أخرجهما
 داود والنسائي ولأبي داود معناه من حديث عبد الرحمن بن أبي انعم عن رافع بن خديج والدار
 قطني نحوه من حديث عائشة ، ولأبي داود معناه من حديث جابر وفيها ضعف ، وكل هذه واردة في
 المزارعة الفاسدة لا في الغصب وقد رجح الامام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي اسحاق عن
 عطاء عن رافع بن خديج فيمن زرع في أرض قوم بغير اذنه ، وقال الحديث حديث أبي جعفر
 وقال في رواية أبي داود أبو اسحاق زاد فيه زرع بغير اذنه وليس غيره يذكر هذا الحرف فقديين
 أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة أن يملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها
 بخصوصيتها دون الغصب لاسيما وقد انكر حديث جعل الزرع لرب البذر وصرح بان العمل على
 غيره . وقد خرج الشيخ تقي الدين وجهاً في المزارعة الفاسدة أنها تملك بالنفقة من زرع الغاصب
 وقد رأيت أن كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه

القسم الرابع أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم تبين بخلافه مثل
 أن تبين الأرض مستحقة للغير فالمنصوص أن المالك الأرض تملكه بالنفقة أيضاً نقله عنه الاثرم
 وابراهيم بن الحارث (ومنها) وهذا متوجه على قول القاضى ومن وافقه أن غرسه وبناءه كغرس
 الغاصب وبناءه ، وأما على المنصوص هناك أن غرسه وبناءه محترم كغرس المستعير والمستأجر وبناءهما
 فيتوجه على هذا أن يكون الزرع للمالك وعليه الأجرة (١) ويرجع بها على الغاصب لتقديره ، وبمثل ذلك
 أفق الشيخ تقي الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على أصله في إيجار
 الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك ولكن لا نعلم به
 قائلًا ، ثم وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب . وفي أجرة ما بناه في الأرض المنصوبة
 وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة . ويشهد لهذا الوجه أن الزرع النابت في أرض الغير مما حمله
 السيل للمالك مبقى (١) هنا بالأجرة لحصوله من خير عدوان ولا تفريط ، وإن كان الاذن متفياً وهما مثله
 ويحتمل أن يملكه مالك الأرض أيضاً كالمزروع بعقد فاسد على ما دل عليه كلام أحمد وليس

الامتناع من قلع الغرس مجانا متافيا لملك الزرع فان المانع من القلع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو معذور لغرضه وهو يتعذر عليه الرجوع على الغاصب والمقتضى لملك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يملك غراسه وإن قيل باحترامه

القسم الخامس أن يزرع في أرض بملكه لها أو بأذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها ، وهو نوعان : أحدهما أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته فالزرع للمالك ولا أجره عليه بسبب تجديد الملك بغير إشكال . ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته . ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس فان للبائع الرجوع في الأرض والزرع للبئس . ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم . وقلنا له الرجوع فان الزرع مبقى بغير أجره إلى أوان أخذه وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره . يبيع أو غيره يكون الزرع بغير أجره مبقى فيها إلى أوان أخذه : والنوع الثاني أن تنتقل الأرض بجميع منافعتها عن ملك الأول إلى غيره . ومن أمثلة ذلك الوقف اذا زرع فيه اهل البطن الأول أو من أجره ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم ، فان قيل إن الاجارة لا تنفسخ وللبطن الثاني حصتهم من الاجرة فالزرع مبقى للمالك بالاجرة السابقة ، وإن قيل بالانفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فتبقى بالاجرة إلى أوان أخذه . وقد نص احمد عليه في رواية منها في مسألة الاجارة المنقضية وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل مزارعة بين المزارع ورب الأرض لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر ، وكذلك أفتى في الاقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر الزرع قائم فيها (ومنها) الشفع اذا انتزع الأرض وفيها زرع للبشترى فهو محترم وهل يستحق أجره المثل على المشتري على وجهين : أحدهما لا يستحق شيئاً وهو المذكور في المغنى والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقه ببيع الأرض المزروعة فان الأخذ بالشفعة نوع يبيع قهرى : والثاني له الاجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وهو أظهر لأن حق الشفع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليها جميعاً وفي ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز .

القسم السادس حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فثبت فيها فهل يلحق بزرع الغاصب لاتفاء الاذن من المالك فيملك بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر من بعد انقضاء المدة لاتفاء العدوان من صاحب البذر على وجهين ، أشهرهما أنه كزرع المستعير وهو

اختيار القاضى وابنه أبى الحسن وابن عقيل وذكره أبو الخطاب عن أحمد لکن هل يترك فى الأرض مجانا أم بأجرة على وجهين : أحدهما أنه يترك مجانا قاله القاضى وابن عقيل لأنه وإن انتفى عنه إذن الملك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان ولا أنه حصل فى الأرض بغير تقريط فهو كالقائم فى الأرض المبيعة . والثانى له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن أحمد لأنه زرع حصل ابتداءه فى أرض الغير بغير إذن فأوجب الأجرة على المشتري من الغاصب وهو لا يعلم

القسم السابع من زرع فى أرض غيره باذن غير لازم كالأجرة ثم رجع المالك فالزرعبقى لمن زرعه إلى أوان حصاده بغير خلاف لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا على وجهين أشهرهما الوجوب وهو قول القاضى وأصحابه . والثانى انتفاء لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض ، وهو اختيار صاحب المحرز وظاهر كلام أحمد فى رواية صالح يشهد له

القسم الثامن من زرع فى ملكه الذى منع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر بالمستأجر وبالمرتهن لتقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب : وكذلك غراسه وبناءه فيعلم الجميع ذكره القاضى فى خلافه وإنما قلع الزرع منه لأن مالك الأرض هنا هو الزارع والمتعلق حقه بها لا يمكنه تملكه لعدم ملكه فيتعين القلع وفيه نظر أما فى الرهن فيمكن أن يقال إن نقص الأرض ينجر برهنية الزرع فانه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من اتلاف مال الراهن ، وقد صرح القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول بأن الغراس الحادث فى الأرض المرهونة بنفسه أو بفعل الراهن يكون رهنا لأنه من ثمارها والزرع مثله ولو قبل انه لا يدخل فى الرهن فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنا وقد وقع فى كلام أحمد فى رواية ابن منصور وكلام ابن أبى موسى ما يدل على جواز انتفاع الراهن بالرهن باذن المرتهن وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنا وهذا فى معناه وأما المستأجر ولا سيما ان كان استأجر للزرع فيجوز أن يقال له يملك الزرع بنفسه اذ هو مالك المنفعة كما قد يقال مثله فى الزرع فى أرض الوقف إن الموقوف عليه يملكه بالنفقة تملكه منفعة الأرض ويحمل تخريج ذلك على الوجهين فى تملك الموقوف عليه للشفعة بشركة الوقف على طريق من علل ثبوت الشفعة بكونه مالكا وانتفاعها بتصور ملكه فكذلك هنا ، وكذا القول فى تملكه للغراس والبناء وعلى هذا يتخرج مالو غصب الأرض [الموصى بمنافعها] أو المستأجرة وزرع فيها فهل يملك الزرع مالك الرقة أو مالك المنفعة ؟

(القاعدة الثمانون)

ما تكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر فيه وجهان وينبئ على ذلك مسائل :

منها هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا إن الحقناء بالشجر استكرر حملها جاز فيه صرح القاضي وابن عقيل في موضع وفرقا في موضع آخر بين ما يتبقى منها سنين كالقطن الحجازي فيجوز بيع أصوله ، وما لا يتبقى السنة ونحوها لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع إلا أن تباع معه الأرض كالزرع ورجح صاحب التلخيص أن المقائي ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع فانها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الخرقى وابن أبي موسى (ومنها) إذا باع الأرض وفيها هذه الأصول فإن قلنا هي كالشجر انبئ على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا وفيه وجهان ، وإن قلنا هي كالزرع لم تدخل في البيع وجها واحدا وللأصحاب في المسئلة أيضا طريقتان : إحداهما أن حكمها حكم الشجر في بقية الأرض وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر : والثانية أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر لأن بقيتها في الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهي كالمنبذات وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب المغنى وعلى ما قررناه أولا يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لا تتبع وجها واحدا كالزرع (ومنها) إذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر حمله فإن قيل هو كالشجر فللمالك قلعه بجائنا وإن قيل هو كالزرع فللمالك تملكه بالقيمة وفي المسئلة وجهان المذكوران في المغنى (ومنها) لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلقت بجائحة قبل القطع فإن قيل حكمها حكم ثمر الشجر تلت من ضمان البائع ، وإن قيل هي كالزرع خرجت على الوجهين في اجاحة الزرع (ومنها) لو ساقى على هذه الأصول فإن قيل هي كالشجر صححت المساقاة وإن قيل هي كالزرع فهي مزارعة

(القاعدة الحادية والثمانون)

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة الى من انتقل الملك عنه بالمفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا والمنصوص عن أحمد أنه لا يتبع وهو الذي ذكره الشيرازي في المبجج ، ولم يحك فيه خلافا وهو اختيار ابن عقيل صرح به في كتاب الصداق والشيخ تقي الدين ويتبع الأصل في التوثقة والضمان على المشهور ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عند

الاصحاب ان الزيادة للبائع تبعا لاصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئا وخرج ابن عقيل بان
 الزيادة للمشتري وكذلك قال الشيرازي وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء وكذلك ذكره
 الشيخ تقي الدين وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب إذا اشترى غنما فتمت ثم استحققت
 فالنماء له قال وهذا يعم المنفصل . والمتصل قلت وقد نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل
 صريحا كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة فتمت عنده وكان بها داء فان
 شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الدواء وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء وتأولها القاضي
 على أن النماء المتصل يردده معها وهو ظاهر الفساد لأن الضمير في قوله يرجع يعود إلى المشتري وفي
 قوله عليه يعود إلى البائع وإنما يرجع المشتري على [البائع بقيمة] النماء المنفصل ، ووجه الاجبار هنا على
 دفع القيمة ان البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها فكذلك نمائها المتصل بها يتبعها في حكمها وان
 لم يقع عليه العقد والمردود بالاقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك إلا أن يقال الفسخ للخيار وقع
 للعقد من أصله بخلاف العيب والاقالة وقد صرح بذلك القاضي وابن عقيل في خلافهما وفيه بعد
 ومنها المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما نماء متصلا قال القاضي
 وأصحابه يرجع به ولا شيء للفلس وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرجوع وهو مأخوذ مما روى
 الميموني وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد إذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزيادة والنقصان،
 ولفظ رواية إسحاق قيل له فان كان زاد أو نقص يوم اشتراه قال هو أحق به زاد أو نقص ، وهذا
 يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه وان استبعد ذلك فليس في استحقاق الرجوع ما يناق
 مطالبته بقيمة الزيادة كما لو كانت الزيادة صبغاً في الثوب . وقال الخرقى ليس له الرجوع وذكر القاضي في
 كتاب الهبة من خلافه أنه منصوص عن أحمد فيكون أسوة بالغماء كما لو طلق الزوج قبل الدخول وقد
 زاد الصداق زيادة متصلة وفارق الرد بالعيب عنده من سلته لأن الرد بالعيب قدرضى المشتري برده بزيادته
 بخلاف المفلس . ولأن الرد بالعيب استند إلى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند إلى سبب حادث
 وهو حكم الحاكم وهو شبهه بالطلاق قبل الدخول وينتقض الأول بما لو اشترى عبداً بثوب فوجد
 صاحب الثوب به عيباً فانه يردده ويأخذ العبد وان كان قد سمن . والثاني بما لو باعه عبداً فلاسه
 وقبل حجر الحاكم فان حجره إنما هو معتبر لثبوت المفلس وظهوره . وقد سبق نص أحمد بذلك
 وأيضا فلو باعه بعد الحجر ولم يعلم فانه يرجع بها في أحد الوجهين . وفرق الأولون بين رجوع
 البائع وهنا وبين الصداق بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع إلى بدله تاما بخلاف البائع فانه لا يمكنه
 الدخول إلى حقه تاما إلا بالرجوع ، هذا ضعيف لأن اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من

العين لو كان ثابتاً ثم يبطل بما لو كانت الزوجة مفلسة فإن حقه لا يثبت في العين فبطل الفرق ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا ويرد قيمة الزيادة كما لو صبح المفلس الثوب (ومنها) ما وهب الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة فهل يمنع رجوع الأب أم لا على روايتين معروفين. والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع وعلى القول بجوازه فلا شيء على الأب الزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض يملك لها (ومنها) إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع في نفسه وسقط حقه منه إلى قيمة النصف ذكره الخرقى ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه حتى جعله القاضي في المجرد رواية واحدة وفرق بينه وبين البائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله والطلاق قاطع للنكاح من حينه فلا يكون للزوج حق في الزيادة وهذا ممنوع فإن الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه أيضاً فهو كالطلاق، وخرج صاحب المحرر الرجوع في النصف بزيادة انتصلة من الرواية المحكية عن أحمد في الرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى. وسند كراصل هذه الرواية فيما بعد إن شاء الله تعالى ويتخرج فيه وجه آخر بالرجوع في النصف بزياته ويرد قيمة الزيادة كما في الفسخ العيب على ما تقدم. وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها. وإن لم يمكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الاصداق (ومنها) إذا اشترى تصيلاً بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتد أو ثمر أو لم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يبطل البيع بذلك أم لا فيه روايتان: أشهرهما أنه يبطل وهو اختيار الخرقى وأبي بكر وابن أبي موسى والقاضي والأكثرين وللبطلان مأخذان أحدهما أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فبطل البيع كتأخير القبض في الرويات ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة ويبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم، وسائل المحرم ممنوعة وبهذا علل أحمد في رواية أبي طالب: والمأخذ الثاني أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف فان تلقه في هذه الحال يبطل البيع لضمانه على البائع فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وظاهر كلام الخرقى، ويكون تأخيره إلى ما قبل ذلك جائزاً وقد نص أحمد في روايه الحسن بن بواب على أنه إذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللاً بأن هذا نشأ في ملك البائع ونخله فلما علل باتقصاله لملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلقه وكان التأخير تقييداً ولو كان المشتري رطباً أو ما أشبهها من التمتع والهنديا أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه لا نهى في بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضي في المجرد: وعلى المأخذ الثاني

يطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين الا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كالיום واليومين ونص على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد ولا فرق بين الثر والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوفة وهي طريقة أبي بكر عبد العزيز والقاضي في خلافه. وصاحب المغنى وبمثل ذلك أجاب ابو الحسن الجزري فيمن اشترى خشبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وعاظ ان البيع يفسخ وهى تلف بمأخذه بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرد والمغنى وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير اشكال واما على الاول فيحتمل ان يكون على المشتري لان ملكه انما يفسخ بعد بدو الصلاح وفي تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ على رأى من يرى جواز اقتران الحكم ومآنه كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الاصحاب فيه خلافا لأن الفسخ يبدو الصلاح امتد الى سبب سابق عليه وهو تاخير القطع وقد يقال يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التاخير ونقل أبو طالب عن أحمد فيما اذا تركه حتى صار شعيرا إن اراد حيلة فسد البيع فمن الاصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالبطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل استناده للتبعية (١) كابن عقيل في التذكرة ومنهم من قال بل متى تعدد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه كصاحب المغنى. ومنهم من قال قصد الحيلة إنما يؤثر في الاثم لا في الفساد وعده هو طريقة القاضي، وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تمييزها في نفسها وهى تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة [بعده]، كذلك قال للقاضي في المجرد ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور على ما سيأتى، وهو متمش على المأخذ الثانى فى الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الاول فالزيادة هى تفاوت ما بين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشتري وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم فى الكافى وحكاها فى المغنى احتمالا عن القاضي، وبقي الكلام فى حكم الزيادة على الروايتين أما على رواية الانفساخ ففيها روايتان: احدهما أنها للبائع وهى اختيار ابن أبى موسى والقاضى ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد لأن البيع متى انفسخ يعود الى بائعه بنائه المنفصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه نماء من يتيقنه فى ملكه فحقه فيه أقوى، والثانية يتصدقان بها مع فساد البيع قال القاضي فى المجرد والروايتين نقلها حنبعل قال وهى محمولة عندى على الاستحباب بوقوع الخلاف فى صحة العقد وفساده ومستحق الثناء فاستحب الصدقة به وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال هى سهو من القاضى، قال وإنما ذكرها القاضى فى خلافه

مستدلاً بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق البائع بالفضل لأنه نائم في غير ملكه، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة في الردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع بخلاف الرد بالعيب ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع الى القول بان الزيادة المتصلة لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري، وانما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ولولا ذلك لانفرد بها المشتري وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فاما الزرع فلم يذكر فيه خلافاً [الا] أن الزيادة البائع وأما على رواية الصحة ففى حكم الزيادة ثلاث روايات احدها انما يشتركان بينهما [فيها] ، نقلها احمد بن سعيد لحدوثها على ما كتبها كما سبق وحملها القاضى على الاستحباب ولا يصح ، وبالاشتراك أجاب ابو حفص البرمكى فيمن اشترى [خشباً] للقطع فتركه حتى اشتد وغاز ، والثانية يتصدقان بها واخذها القاضى في خلافة من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضى أيضاً في المجرد و [كتاب] الروايتين ثم قال وهذا عندى على الاستحباب المنهى عن ربح مالم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب المغنى الى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الامر في مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه احمد في ربح مال المضاربة اذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح مالم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضى في خلافة في مسألة زرع الغاصب ، ونص عليه احمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلاً فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان للبائع صاحب الارض قيل له وكذلك النخل اذا اشتراه ليقطعه فطلع ؟ قال كذلك في النخل فان كان فيه زيادة فهو لصاحب الارض البائع ، ووجهه القاضى بان الزيادة من [نماء] ملك البائع فهى كالربح في المال المنصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظوراً كذلك ههنا ويمكن ان يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب انما له آثار حمل فألفت وهما للمشتري حين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمانها ، ويحجب عنه بان المشتري انما يستحق بالمقد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حقه فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده . وحمل القاضى قول احمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقطعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها ، وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندى ان

يقال بان زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزما اشتراه لا يمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضى خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فسادها ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافاً ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص احمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق ازالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الاجرة للبائع الى حين القطع لكان أقرب كما أفنى به ابن بطة فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الارض اجرة أرضه للمدة التي تركها فيه وأخذه من غرس الغاصب ولكن تبقى الشجر في الارض له اجرة معتبرة وللمالك الزرع فاما تبقى الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له اجرة بحال ذكره القاضى في التفليس وحكم العرايا اذا تركت في رؤوس النخل [حتى أثمرت] حكم الثمر إذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضى وأكثر الاصحاب ، ومنهم من لم يحكم خلافاً في البطلان في العرية بخلاف الثمر والزرع كالحلواني وابنه ويفرق بينهما بان يبيع العرايا رخصة مستثناة من المزابنة المحرمة شرعت للحاجة الى أكل الرطب وشرائه بالثمن فاذا (١) ترك حتى صار ثمراً فقد زال المعنى الذي شرعت لاجله الرخصة وصار يبيع تمر بتمر فلم يصح الا بتعيين (٢) المساواة والله أعلم . وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره فلم يكن موجوداً حين الايجاب أو ما يقوم مقامه فن ذلك الموصى به اذا نما نماءً منفصلاً (٣) بعد الموت وقبل القبول فانه يتبع العين اذا احتمله الثلث ذكره صاحب المغنى ، وقال صاحب المحرر ان قلنا لا ينتقل الملك الا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثلث ، وان قلنا ثبتت من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه ومنه الشقة ص المشفوع اذا كان فيه شجر فنمى قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذه بنمائه بالثمن الذي وقع عليه العقد ولا شيء عليه في الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنمى وقلنا يتبع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما ولو تابر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع ففنى تبعيته وجهان لتعلق حقه بالطلع ونمائه (ومنه) لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نوى عند المشتري نماءً منفصلاً (٤) حتى زادت قيمته فانه ياخذه بالثمن الذي اشتراه به ولا شيء عليه للزيادة فنص عليه أحمد في رواية منها ، وأما تبعية النماء في عقود التوثيق فانه يتبع في الرهن وأموال الزكاة والجاني في التركة المتعلقة

بها حقوق الغرماء ، وان قيل بانتقالها الى الورثة لان التعاقب فيها إما تعاقب رهن أو جنابة والنماء المتصل تابع فيهما صرح القاضى وابن عقيل بذلك كله متفرقا فى كلامهما ، وأما عقود الضمان فتتبع فى الغصب على ظاهر المذهب وحكى ابن أبى موسى فيه رواية أخرى أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث فى يد الغاصب مضمونا إذا رد الاصل كما قبضه وقياسه العارية لان الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الاصل كنماء العين المستأجرة وتتبع أيضا فى الصيد الذى فى يد المحرم وفى نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معرفان

(القاعدة الثانية والثمانون)

والنماء المنفصل تارة يكون متولدا من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض وتارة يكون متولدا من غيرها واستحق بسبب العين كالمر والارش والحقوق المتعلقة بالاعيان الثلاثة : عقود وفسوخ وحقوق يتعلق بغير فسخ ولا عقد فالما العقود فاما حالتان احدهما [أن ترد] على الاعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء وسواء كان من العين أو غيرها الا ما كان متولدا من العين فى حال اتصاله بها واستناره وتعييه فيها باصل الخلقة فانه يدخل تبعا كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبر او كان ملازما للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف فانها تلحق بالمتصل فى استتباع العين وفى المجرد والفصول وجه فى الرهن انه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه ولا ورق الشجر المقصود وهو بعيد ، أما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف الا فى التدبير فان فى استتباع الاولاد فيه روايتين ، والحالة الثانية ان يحدث النماء بعد ورود العقد على العين فينقسم العقد الى تملك [وغيره] . وأما عقود التملك المنجزة فاورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فانه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعق وعوضه وعوض الخلع والكتابة والاجارة والصداق وغيرها وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين ، وفى استتباع الاولاد وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب وما ورد فيها على المنفعة المجردة فان عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها الا الولد فان فيه وجهين مصرح بهما فى الوقف ومخرجان فى غيره بناء على انه جزء أو كسب وفى ارش الجنابة على الطرف بالاتلاف احتمالا لان مذكوران فى الترغيب هل هو للوقف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وفقا كبذل الجملة فان كانت الجنابة بغير اتلاف فالارش للوقوف عليه

وجها واحدا وان كان العقد على منفعة خاجة لا تتأبد كالأجارة فلا تتبع فيه شيئا من النماء المنفصل
بغير خلاف وأما عقود غير التمليكات المنجزة فنوعان أحدهما [ما] يؤول الى التملك فما كان منه لازما
لا يستقل العاقد (١) أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فانه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها
ويندرج في ذلك صور :

(منها) المكتبة فيملك اكتسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد (ومنها) المكاتب يملك
اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من امته ولا يتبعه ولده من أمة لغيره
(ومنها) الموصى بعقده اذا كسب بعد الموت وقبل اعتاق الورثة فان كسبه له ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر لأن اعتاقه واجب لحق الله تعالى ولا يتوقف على قبول فهو
كالمتعلق بخلاف الوصية للمعين وقال صاحب المغنى في آخر باب العتق كسبه للورثة كأم الولد ولكن
يمكن التفريق بينهما بان أم الولد مملوكة لسيدها والموصى بعقده غير مملوك للورثة لأن الوصية تمنع
انتقاله اليهم ، واذا قيل هو على ملك الميت فهو ملك تقديرى لا يمنع من استحقاق الكسب فلو كان
أمة فولدت قبل العتق وبعد الموت تبعها الولد كأم الولد هذا هو الظاهر ، وقال القاضي في تعليقه
لا يعتق (ومنها) المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبد ان مت ثم دخلت الدار فانت
حر أو انت حر بعد موتى بسنة وصححنا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى كأم الولد بخلاف الموصى بعقده . لأن ذلك وجب عتقه في الحال
وهذا يتردد في وجود شرط عتقه فانه قد يحجى الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة حتى ذكر
في المغنى في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين وصرح صاحب المستوعب بانه
باق على حكم ملك الميت لا ينتقل الى الورثة كالموصى بعقده . وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل
من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعقده قبل العتق ، وأما ان كانت أمة
وولدت بعد الموت فهو تابع لها كأم الولد صرح به القاضي وابن عقيل وهو متوجه سواء قيل
إن هذا العقد تدبير كقول ابن أبي موسى والقاضي في خلافه أو قيل إنه تعليق كقول القاضي
في المجرد وابن عقيل فانه تعليق لازم مستقر لا يمكن إبطاله فهو كالكتابة ، وهذا يشهد لما ذكرنا
من تبعية الولد في التي قبلها (ومنها) الموصى بوقفه اذا نوى بعد الموت وقبل إيقافه فاقى الشيخ تقي
الدين أنه يصرف منصرف الوقف لأن نماءه قبل الوقف كنيماته بعده (ومنها) (٢) ما نقل يعقوب بن
بختان وابراهيم بن هاني عن أحمد فيمن جعل مالا في وجوه البر فاتجر به الوصى قال ان ربح

(١) في نسختنا العقد (٢) هذه الفقرة ليست في نسختي الدار

جعل ربحه مع المال فيما أوصى به وإن خسر كان ضامنا ، فهذا إن كان مراده إذا وصى بتفرقة عين المال فواضح وإن كان وصى أن يشتري فيما ينمو ويوقف أو يتصدق بنمائه كان مخالفا لما أفتى به الشيخ (ومنها) الموصى به لمعين يقف على قبوله إذا نعى بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلا فينبى على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للبيت أو للموصى له ، وفيه ثلاثة أوجه فإن قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه وإن قيل هو على ملك الميت فنمائه من التركة وإن قيل أنه للموصى له بمعنى أنا نتبين بقبوله ملكه بالموت أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنمائه كله للموصى له (ومنها) النذر والصدقة والوقف إذا لزم في عين لم يحز لمن أخرجها عن ملكه أنه يشتري شيئا من نتاجها نص عليه أحمد في الصدقة والوقف في رواية حنبل . ولو اشترى عبدا فاعتقه ثم بان به عيب فاخذ أرشه فهل يملك لنفسه أو يجب عليه صرفه في الرقاب على روايتين . وخص القاضى الروايتين بالعتق عن الواجب إذا كان العيب يمنع الأجزاء إلحاقا للارش بالولاء . ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية ثم أصاب بها عيبا فاخذ أرشه اشترى به أضحية فإن لم يمكن تصديق به ذكره القاضى وفرق بينه وبين العتق بأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد وقد حصل والقصد من الأضحية إيصال لحمها إلى المسكين فإذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم فوجب رد أرشه عليهم جبرا [وتكميلا] لحقهم وفي الكافي احتمال آخر أن الارش له كفاي العتق وأما الهدى والأضاحى إذا تعين فإن قيل إن ماكه لا يزول بالتعيين كقول القاضى والاكثرين فهو من هذا النوع وإن جاز إبداله لأن إبداله نقل للحق لا إسقاط له كالوقف ويتبعه نمائه منه كالولد فإذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبعية أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما هو أضحية قاله في المغنى فيجوز أن يأكل منه كامه والثانى ليس بأضحية قاله ابن عقيل قال وإن تصدق به صحيحا فهل يحزى ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حدو الأم والاشبه بكلام أحمد أنه أضحية فانه قال في رواية ابن مشيش يذبحها ولدها عن سبعة وقال في رواية ابن منصور يبدأ بإيهما شاء في الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ إلا بالأم وعلى هذا فهل يصير الولد تابعا لأمه أو مستقلا بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت وقلنا يرد إلى ملكه فهل يرجع ولدها معها على وجهين ذكرهما في المغنى ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب في الذمة على الصحيح وفيه وجه آخر إن المعينة عما في الذمة لا يتبعها ولدها لأن الواجب في الذمة واحد والصحيح الأول لأنها بالتعيين صارت كالمعينة ابتداء وأما اللبن فيجوز شربه ما لم يعجنها للنص ولأن الأكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها ومن درها وظهرهما فاما الصوف فنص أحمد على كراهة جزئه إلا أن يطول ويكون جزؤه

نفعا لها ، قال الأصحاب ويتصدق به وفرقوا بين الصوف واللبن بأن الصوف كان موجودا حال
ايجابها فور الإيجاب عليه واللبن يتجدد شيئا بعد شيء فهو كمنفعة ظهرها ، وقال القاضي في المجرد
ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به وذكر ابن الزاغوني أن اللبن والصوف لا يدخلان في
الإيجاب وله الانتفاع بهما اذا لم يضر بالهدى وكذلك قال صاحب التلخيص في اللبن ولو فارق رجل
عين الهدى المعين ابتداء أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضي في خلافه وإن قيل بزوال ملكه
بالتعيين كقول أبي الخطاب فهو من قسم التمليكات المنجزة كالعتق والوقف وإن جاز الانتفاع
ببعض منافعه كمن وقف مسجدا فإنه ينتفع به مع جملة المسلمين وأما ما كان منها غير لازم وهو
[ما] يملك العاقد إبطاله إما بالقول أو تمتع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب ابدال
فلا يتبع فيه النماء من غير عينه ، وفي استتباع الولد خلاف ، ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المدبرة فإنه يتبعها ولدها على المذهب المشهور وعنه رواية أخرى لا يتبعها وزعم أبو الخطاب
في انتصاره أن هذا الخلاف نزل على أن التدبير هل هو لازم أم لا . فإن قيل بازومه تبع الولد والا
لم يتبع وإني أكثر الأصحاب ذلك وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون يكون مدبراً بنفسه لا بطريق
التبع بخلاف ولد المكاتب وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد
لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقلنا له ذلك بقى الولد مدبراً هذا قول
القاضي وابن عقيل ، وقال أبو بكر في التبني بل هو تابع محض لها إن عتقت عتق وإن رقت رقت
وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً (ومنها) المعلق عتقها بصفة اذا حملت ولدت بين التعليق
ووجود الصفة ففي عتقها معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه
الصفة لأنه تابع محض (ومنها) الموصى بعتقها أو وقفها اذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره
القاضي في الموصى بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن يتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المقلب
فيه شوب التحرير دون التملك (ومنها) المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام
أحمد من رواية الميموني [صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها وإن قلنا ليس بل لازم وكلام أحمد
في آخر رواية الميموني] (١) يشعر به حيث قال إن كان تناول وشبهه بالمدبر يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد
كالمدبر أولا ينبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التملك فهو كالوصى به ويحتمل وجهين .

النوع الثاني عقود موضوعة لغير تملك العين فلا يملك بها النماء بغير أشكال إذا الأصل لا يملك
فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعاً لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضموناً أم غير

مضمون فان كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وان كان غير لازم او لازماً ولكنه معقود على المنفعة من غير تايد او على ما في الذمة فلا يكون النماء داخل في العقد وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان أحدهما : أنه تابع له فيها . والثاني ان شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان او الائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المرهون فتماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمرة والولداً من كسبه كالأجرة أو بدلاً عنه كالارث وهو داخل معه في عقد الرهن فتملك الوكيل في بيع الرهن يبيعه معه وان كان حادثاً بعد العقد والتوكيل (ومنها) الاجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعى سخال الغنم المعينة في عقد الرعى لأنها غير داخله فيه بخلاف ما اذا كان الاستئجار على رعى غير معينة فان عليها رعى سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الاطلاق ذكره القاضي في المجرد (ومنها) المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله . وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له امساك بغير استئذان مالكة تبعاً لأصله جعلاً للاذن في إمساك أصله اذناً في امساك نمائه ام لا كمن أطارت الريح الى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين (ومنها) الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار الى داره على الوجهين أيضاً (ومنها) العارية لا يرد عقد الاعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله ام لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله والثاني ليس بمضمون لأن أصله انما ضمن لامساك للانتفاع به [في باب الرهن] والنماء بمسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقال في كتاب الغصب ان في ولد العارية وجهاً واحداً (ومنها) المقبوضة على وجه السوم اذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله ان قلنا هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن ان يخرج فيه وجه آخر انه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه انما ضمنت لقبضها بسبب الضمان والتملك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح الى ملكه (ومنها) المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بانه انما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو متقضى بتضمينه الأجرة (ومنها) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق باولادهن شيء من هذه الاحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه ان ولد الضامنة يتبعها ويبيع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعاق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجنابة فلا

يسرى (ومنها) لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فاكل من لبنه أو يفضله لم يحث لان العقد لم يتعلق ذكره القاضى فى خلافه فان البين ليست لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحث فيها وتكفيرها [وهذا] بخلاف مالو حلف لا يأكل من هذه الشاة فانه يحث باكل لبنها لانه لا يؤكل منها فى الحياة عادة الا اللبن فاما تاجها ففيه نظر

(فصل) هذا حكم النماء فى العقود وأما فى الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففى تبعيته فيها روايتان فى الجملة ترجعان الى ان الفسخ هل هو رفع للعقد من اصله او من حينه والاصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) اذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقتلته الرحوع بها فانه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة على وجهين اظهرهما لا يرجع والثانى يرجع واختاره القاضى فى خلافه (ومنها) المبيع فى مدة الخيار اذا نمت نماء منفصلاً ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع ام لاخرجه طائفة من الاصحاب كصاحبى التلخيص والمستوعب على وجهين كالفسخ بالعيب ، وقد ذكر القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده ان الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله لانه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل فى الخيار بخلاف العيب (ومنها) الاقالة اذا قلنا هى فسخ فالنماء للمشتري ذكره القاضى فى خلافه ، ويتخرج فيه وجه آخر انه يرد مع اصله حكاه ابو البركات فى تعليقه عن القاضى فى خلافه ايضاً (ومنها) الرد بالعيب وفى رد النماء فيه روايتان اشهرهما انه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصرة ونقل عنه ابن منصور ايضاً أنه ذكر له قول سفيان فى رجل باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولدان كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك فأن كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء قال أحمد كما قال وهذا يدل على ان النماء المنفصل يرد مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه ان كان تلف بفعل المشتري وان كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لأن المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده وأما إذا ما انتفع به فانه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصرة وكما نقول فى المنتهب من الغاصب انه اذا انتفع بالموهوب فانتقله استقر الضمان عليه وحمل القاضى هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وان كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن أحمد فى المدلس انه يرجع بالثمن وان تلف المبيع الا أن نهى فى صورة الاباق وهو تلف بغير فعل المشتري واطلق الاكثر من ذلك من غير تفصيل بين ان يتلف بفعله او بفعل غير لانه سلطه على

إتلافه بتغيره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المفروق في النكاح بالمهر ، وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرض ورجمه أبو الخطاب في انتصاره وصاحب المغنى وهذا التفصيل بين أن يكون التلف باتفاعة أو بفعل الله تعالى كما حمل القاضى عليه رواية ابن منصور أصح ، وهو ظاهر كلام أبي بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة ، وكذلك أجاب القاضى في خلافه . ويمكن أن يقال مثل ذلك في النماء الحادث إذا رد بعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولاً والله أعلم (ومنها) فسخ البائع لافلاس المشتري بالثمن هل يتبعه النماء المنفصل فيه روايتان: إحداهما يتبع وهى المرجحة عند القاضى في الخلاف وابن عقيل ونص احمد في رواية حنبل فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري رجعت الى الاول لأنها مال البائع وقد استحقها وولدها وهكذا ذكره أبو بكر في التنبية ، وذكر القاضى في خلافه لفظ هذه الرواية أن احمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري أن الجارية والدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطوه حقه كاملاً ويمسكون ذلك فقال احمد ترجع الى الاول لأنها مالها وهذا لا يدل على غير الرجوع في الجارية أو الدابة . وإنما القائل بالرجوع في الولد مالك (١) وليس في كلام احمد موافقة له وأبو بكر كثيراً ما ينقل كلام احمد بالمعنى الذى يفهمه منه فيقع فيه تغيير شديد ووقع له مثل هذا في كتاب زاد المسافر كثيراً مع ابن أبي موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجوداً في عقد البيع حملاً ، واختاره ابن حامد أنها للفلس لأنها نمت في ملكه وهو ظاهر كلام الخرقى وكذلك صححه القاضى في المجرى وابن عقيل في الفصول . (ومنها) اللقطة اذا جاء مالها وقد نمت نماء منفصلاً فهل يسترده معها على وجهين خرجها القاضى وابن عقيل من الفلس وفرق بينهما صاحب المغنى ويحتمل الرجوع هنا بالزيادة المنفصلة وجهاً واحداً لأن تملكها إنما كان مستنداً الى فقد ربها في الظاهر وقد تبين خلافه فانسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً ، وهذا [هو] الذى ذكره ابن أبي موسى وذكر له أصلاً من كلام احمد في طيرة فرخت عند قوم انهم يردون فراخها (ومنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا كان قد نما نماء منفصلاً هل يسترده معه أم لا فيه وجهان . (ومنها) اذا وهب المريض جميع ماله في مرضه ونمى نماء منفصلاً [ومات] ولم يجز الورثة فذكر القاضى في خلافه أن الموهوب له بملكه بالقبض وجاز له التصرف فيه اجماعاً وإنما يثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث واذا جاز واسقط حقهم من الفسخ فعلى هذا يتخرج في استرجاع النماء وجهان أظهرهما أن النماء للتهب

(١) في نسختنا : يملك .

الى حين الفسخ نبه على هذا الشيخ مجد الدين والمعروف في المذهب أن الهبة تقع مراعاة فلا يتبين ملكها الا حين خروجها من الثلث عند الموت وان خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبعه ثماؤه والزائد مبنى على الخلاف في الاجازة هل هي تنفيذ أو هي عطية مبتدأة . (ومنها) اذا عاد الصداق أو نصفه الى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد نما عند الزوجة ثمن منفصلا فهل يرجع بثمنائه أو نصفه؟ المذهب أنه لا يرجع به ونص عليه أحد في رواية أبي داود وصالح ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان في رجل تزوج امرأة على خادمة ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً، فطلق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها قال أحمد جيد واختلف أصحابنا في معنى هذه الرواية على طريقين : أحدهما وهو مسلك القاضي أنها تدل على أن الزوجة انما ملكت بالعقد نصف الصداق فيكون لها نصف ثمنائه وجعل قوله وقيمة ولدها مجروراً بالعطف على قوله نصف قيمتها أي ونصف قيمة ولدها. قال وذكر القيمة هنا محمول على التراضي عليها أو على أن المراد نصف الأم ونصف الولد ولم يرد القيمة وهذا المسلك ضعيف جداً أو في تمام النصف ما يبطله وهو قول أحمد فان أعتقها قبل أن يدخل بها لا يجوز عتقها لأنها من حين تزوجها وجبت لها الجارية وهذا تصريح بانها ملكت الأمة كلها بالعقد إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك وسرى عتقها إلى الباقي مع اليسار وكذلك سلك أبو بكر في زاد المسافر وابن أبي موسى في تخريج هذا النص وبنياه على أن المرأة لم تملك بالعقد الا النصف ثم خرج أبو بكر لأحمد قولاً آخر في هذه المسئلة على قوله تملك الصداق كله بالعقد ان الأولاد والنساء لها ويرجع بنصف قيمة الأم دون الأولاد يعني الزوج قال وبه أقول وهو اختيار صاحب المغني أيضاً فراراً من التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان واما ابن أبي موسى فانه خرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد أن الولد للمرأة لحدوثه في ملكها ولها نصف قيمة الأم فجعل للزوجة النصف كفاي نص أحمد وهذا الوجه ضعيف جداً حيث تضمن التفريق بين الأم وولدها بغير العتق ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة وهو أقرب إلى عدم التفريق من أخذ نصف القيمة ، وعند القاضي اذا قيل إن الولد كله له فللزوج نصف قيمة الأم صرح به في المجرد ، وقال في الخلاف يرجع بنصف الأمة والطريق الثاني في معنى الرواية انها تدل على أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل ، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب المحرر لكنه استشكل ايجاب القيمة دون المعين وقال لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك فان أحمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد لاجل حق الزوج ببطس في نصف الأمة وولدها وليس ذلك بأولى من العكس . وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة

الى الزوج قهراً كالميراث لأنه باق بعينه لاسيما والأملك القهرية يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختيارية فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته بل يتعين تكميل الملك له في الأم والولد حذراً من التفريق المحرم . ويشبه هذا ما قاله الخرقى فيما إذا كان الصداق أرضاً فثبت فيه (١) ثم طلقها قبل الدخول ان الزوج يرجع بنصف الأرض ويتملك عليها البناء الذي فيه بالقيمة لكن احمـد في تمام هذا النص بعينه من رواية ابن منصور ذكر مسألة البناء وصبغ الثوب وقال للزوج نصف القيمة لانه استهلاك ففرق بين أن يكون المرأة وصلت الصداق بما لها على وجه لا ينفصل عنه الا بضرر عليها وبين أن يكون باقياً بعينه ففي الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالكين وفي الثاني يرجع بنصف العين لبقائها بحالها وإنما جاء الاجبار على تكميل الملك [المانع] الشرعى من التفريق ويحتمل عندى فى معنى رواية ابن منصور طريق ثالث وهو أن يكون أراد [احمد] أن للزوجة نصف قيمة الأمة ولها قيمة ولدها كاملة لأن الولد نماء تختص به الزوجة وقد عاد إلى الزوج نصف الأم فيجبر الزوج على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكاملها حذراً من التفريق ، ولعل هذا أظهر مما قبله والله أعلم . (ومنها) من وجد عين ماله الذى استولى [عليه] الكفار من المغنم قبل القسمة وقد نمت نماء منفصلاً ، فإن قلنا لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنائه وإن قلنا ملكوه فانه يرجع فيه وهل يرجع بنائه يتخرج على وجهين كبائع المفلس لأن حقوق الغانمين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرما المفلس بأحواله (٢) وذكر القاضى فى المجرد أنها إذا كانت أمة فوطئها الحربى وولدت منه ان الولد غنيمة لا يرجع به المالك لأنه حدث فى ملك الحربى الواطئ فانهقد حراً لكن هذا قد يختص باستيلاء المالك لها فان ولده ينعقد حراً وإنما يطرأ عليه الرق بعد ذلك فلا يكون من نمائها بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج فانه يكون من نمائها لانعقاده رقيقاً . وقد سئل احمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم فتوقف فى مستحق المال الذى معه ، وقال مرة هو للمسلمين وأنكر أن يكون للسيد وعلل بأن العبد ليس له غنيمة . قال الخلال وهذا هو المذهب لأن العبد لا غنيمة له وحمله القاضى على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئاً قال : وأما ان قلنا هو لأخذه فهو هنا للسيد فصل وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فان كانت ملكاً قهرياً فحكمه حكم سائر التملكات . وإن لم تكن ملكاً فان كانت حقاً لازماً لا يمكن ابطاله بوجه كحق الاستيلاء وسرى حكمه الى الاولاد دون الاكساب لبقاء ملك مالكة عليه وان كان غير لازم بل يمكن ابطاله إما باختيار

(١) كذا فى الأصل ولعلها فثبت فيها (٢) فى نسختي الدار : بأمواله

المالك او برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الاصل بحال وبتخرج على ذلك مسائل :

(منها) الامة الجانية لا يتعلق الجناية بأولادها ولا اكسابها لأن حق الجناية ليس بالقوى، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا ولأن حق الجناية تعلق بالجناية لصدور الجناية منها وهذا مفقود في ولدها وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبه . (ومنها) تركه من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته فإن قيل هي باقية على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضا كالمرهون كذا ذكره القاضى وابن عقيل فى كتاب القسمة وينبغى أن يقال ان قلنا أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه فالامر كذلك وان قلنا تعلق جناية لا يمنع التصرف فلا يتعلق بالنماء ، وأما ان قلنا لا تنتقل التركة الى الورثة بمجرد الموت لم تعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ هو تعلق قهرى كالجناية كذا ذكر القاضى وابن عقيل . وخرج الآمدى وصاحب المغنى تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضا كتعلق الرهن ويقوى هذا على قولنا إن التعلق تعلق رهن وقد يبنى ذلك على أصل آخر وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت أو انتقل إلى ذمة الورثة أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير وفيه ثلاثة أوجه الاول قول الآمدى وابن عقيل فى الفنون وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الاصحاب فى مسألة ضمان دين الميت : والثانى قول القاضى فى خلافه وأبى الخطاب فى انتصاره وابن عقيل فى موضع آخر [كذلك] قال القاضى فى المجرى ولكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبة الورثة بالتوثقة والثالث قول ابن أبى موسى فيتوجه على قوله أن لا يتعلق الحقوق بالنماء إذ هو لتعلق الجناية وعلى الاولين يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن وقد يقال لا يتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا تنتقل التركة الى الورثة بكل حال إلا أن نقول ان الدين فى ذمهم لأن تبعية النماء فى الرهن انما يحكم به اذا كان النماء ملكا لمن عليه الحق فاما ان كان ملكا لغيره لم يتبع كما لو رهن المكاتب سيده فان كسبه لا يكون داخلا فى الرهن لانه على ملك المكاتب فكذلك ينبغى أن يقال فيمن استعار شيئا ليرهنه فرهنه أن النماء لا يدخل فى الرهن لذلك وقد يقال التركة تعلق الحق بها تعلقا قهرىا مع انتقال ملكها الى الورثة فكذلك نماؤها . ويحاج عنه بان التعلق حالة الانتقال انما ثبت بضعف المانع منه حيث اقترن التعلق ومانعه وهو الانتقال ، فاما بعد الانتقال واستقرار الملك فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره والله أعلم .

وأما تعلق الضمان بالأعيان للتعدى فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلا تحت اليد العدوانية : فن ذلك الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب ولم يحك ابن أبى موسى فى ضمانه خلافا مع حكايته الخلاف فى المنصل ولا يظهر الفرق بينهما فالنخريج متوجه بل قد

يقال ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور التي ستمناها في الرد بالعيب تدل على عدم الضمان حيث سرى بين ظهور العيب وبين الاستحقاق . (ومنه) الأمانات اذا تعدى فيها ثم نمت فانه يتبعها في الضمان ومنه صيد الحرم والاحرام يضمن نماؤه المنفصل اذا دخل تحت اليد الحسية وان لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب امساك الام فقيه خلاف مشهور

[تنبيه] اضطرب كلام الاصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة أو متصلة؟ اما الطلع فلا اصحاب فيه طرق أحدها أنه زيادة متصلة سواء أبر أو لم يؤثر وبه جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الصداق وان الزوج يحجر على قبوله اذا بذلتها الزوجة بكل حال وكذا ذكر صاحب الكافي في كتاب الصداق وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة وصرح القاضي في المجرد في باب الغصب بأن الزيادة المتصلة التي يمكن إفرادها كصبغ الثوب وتزويق الدار والمسامير هل يحجر على قبولها يخرج على وجهين أحدهما يحجر وهو قول الخرق في الصداق . والثاني أنه زيادة منفصلة بكل حال أبر أو لم يؤثر لانه يمكن فصله وإفراده بالبيع كذا أطلقه القاضي وابن عقيل أيضا في موضع من التفليس والرد بالعيب وصرح صاحب المغنى بأبدائه احتمالا وحكاه في الكافي عن ابن حامد . الثالث أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضي وابن عقيل أيضا في التفليس والرد بالعيب وذكر أنه منصوص عن احمد اعتبارا بالتبعية في البيع وعدمها . الرابع أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف وفي المؤبر وجهان وهذه طريقة صاحب الترغيب في الصداق . والخامس أن المؤبر زيادة منفصلة وجها واحدا وفي غير المؤبر وجهان واختار ابن حامد أنها منفصلة وهي طريقة الكافي في التفليس : وأما الحمل فقال القاضي وابن عقيل في الصداق هو زيادة متصلة قال القاضي ويحجر الزوج على قبولها اذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل في الأدميات لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فانه فيها زيادة محضة وقال القاضي في التفليس يبنى على أن الحمل هل له حكم أم لا فان قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة والا فهو زيادة متصلة كالسمن وفي التلخيص الاظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع والحب اذا صار زرعاً والبيضة اذا صارت فرخاً فكثر الاصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل كذلك قال القاضي وابن عقيل في الفليس والغصب وذكر صاحب المغنى وجهاً آخر وصححه أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الاول استحالة وكذا ابن عقيل في موضع آخر وفي المجرد : ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجاً أو حبا فصار سنبلًا انه لا يحنث بأكله لزوال الاسم ، وهذا انما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين فاما على المشهور فينبغي أن يحنث وبه جزم القاضي في خلافه وكذا أشار إليه ابن عقيل

في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار ديبسا وقد تفرق في مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه في الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينا متغايران كما إذا تباعا دابة يظنان بأنها حمار فاذا هي فرس، والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي

(القاعدة الثالثة والثمانون)

إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طالع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في الهبة بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالافلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغنى في البيع بأن الفسخ يتبع الطلاق فيه أصله سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل فاشبه السمن وصرح بدخول الاقالة والفسخ بالعيب في ذلك وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق وقد قدمنا أن صاحب المغنى ذكر احتمالا في الفسخ بالفلس ونحوه أنه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أو لم يؤبر لتمييزه وامكان إفراجه بالعقد فهو كالمنفصل بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع وهو مع ذلك موافق لإطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا في الفلس فتحرر من هذا أن العقود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأخير وعدمه. ونص عليه أحمد في الرهن في رواية عماد بن الحكم إلا أن في الأخذ في الشفعة وجها آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند إلى البيع إذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه: أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأخير وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله: والثاني لا يتبع

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبر : والثالث أن كان مؤبر اتبع والا فلا كالمعقود هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ ، أما إن قيل بتبعيته فلا اشكال في أن الطلع يتبع سواء أبر أو لم يؤبر وكذلك إن قيل أن الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة فإن الطلع لا يتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبر أو لا يؤبر نقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصى بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل فهو للوصى له وقال في رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصى البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال إن كان يوم أوصى به له فيه حمل فهو له وأطلق بأنه يدخل في الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضا فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ما ذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرابة من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يترأخى إلى ما بعد الموت فلا ن العقد إذا انعقد كان سببا لنقل الملك وإنما تأخر تأثيره إلى حين الموت فاذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصى له قبل الوضع فالولد للوصى له بغير خلاف ، وسواء قلنا إن للحمل حكما وأنه كالمنفصل أم لا وأما أن تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع فهنا حالتان :

أحدهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه إن حدث استحقاقه بعد التأخير لم يستحق من الثمر شيئا وإن كان قبله استحقاق . قال جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلا على ولد قوم وولده مات والدوا ثم ولد مولود قال إن كان النخل أبر فليس له في ذلك شيء وهو ملك الأول وإن لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع إذا بلغ الحصاد فليس له شيء وإن كان لم يبلغ الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره وهنا منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معللين بتبعية غير المؤبر في العقد فكذا في الاستحقاق وعلل بعض الأصحاب بأن غير المؤبر في حكم المعدوم لاستتاره وكمونه والمؤبر في حكم الموجود لبروزه وظهوره وهو شبه بقول من يقول إن الحمل ليس له حكم مالم يظهر

الحالة الثانية أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه إلى غيره قال يعقوب ابن بختان سئل أحمد عن رجل مات فقال ضعفي التي بالثر لموالي الذين بالثر وضعفي التي ببغداد لموالي الذين ببغداد وأولادهم فلن بالثر أن يأخذوا من هذه الضيعة التي هنا ؟ قال لا ! قد أفرد هذه من هذه

فقيل له فقدم بعض من بالثغر الى ههنا وخرج من ههنا بعضهم الى ثم وقد أبرت النخل ألهم فيها شيء ؟ قال لا . فقيل فان ولد لاحد هم ولد بعد ما أبرت فقال وهذا أيضا شبيه بهذا كأنه رأى ما كان قبل التأبير جائزا أو كما قال وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضى استحقاقه منه وأما خروج الخارج من البلد فلم يشمل جوابه وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرا وقد سبق الخلاف فيه لاسباب على قولنا ان الوقف ملك للوقوف عليه فيصير موته كأنفساخ ملكه في الاصل فيخرج في تبعية الطلع الخلاف السابق فان قيل بالتفريق بين ما قبل التأبير وبعده فلان الطلع اذا لم يؤثر في حكم الحمل في البطن واللبن في الضرع فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر . وإن سلم أن له حكما بالملك فالمستحق الحادث لما شارك في غير المؤبر مع ظهوره على ملك الاول دل على أن ملكهم لم يستقر عليه بخلاف المؤبر فان ملكهم استقر عليه فمن زال استحقاقه قبل استقرار الملك سقط حقه

(فصل) هذا كله في حكم ثمر النخل فاما غيره من الشجر فما كان له كما تفتح فيظهر ثمره كالقطن فهو كالطلع وألحق أصحابنا به الزهور التي تخرج منضمة ثم تفتح كالورد والياسمين والبنفسج والرجس وفيه نظر : فان هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لهما كقشر الرمان فظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطلع فانه وعاء للثمرة وكلام الحرقى يدل على ذلك حيث قال وكذلك بيع الشجر اذا كان فيه ثمر باد وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره وإنما كان منضما وللاصحاب وجهان في الورق المقصود كورق التوت هل يعتبر بفتحه كالثمر أو يتبع الاصل لمجرد ظهوره وهذه الزهور بمعناه ومنه ما يظهر نوره ثم يتناثر فيظهر فيظهر ثمره كالنفاح والمشمش ففيه ثلاثة أوجه أحدها إن تنثر نوره فهو للبائع والا فلا وبه جزم القاضى في خلافه لأن ظهور ثمره يتوقف على تنثر نوره والثاني أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضى احتمالا جعلنا للنور كما في الطلع لأن الطلع ليس هو عين الثمرة بل هى مسترة فيه فتكبر في جوفه وتظهر حتى يصير تلك في طرفها وهى قمع الرطبة والثالث للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتناثر النور كما اذا كبر قبل انتشاره وهو ظاهر كلام الحرقى واختيار صاحب المغنى وهو أصح ، وقياس ما في بطن الطلع على النور لا يصح لأن النور يتناثر وما في جوف الطلع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمرا (ومنه) ما يظهر ثمرته من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر يبقى فيه الى أكله كالرمان والموز أوله قشران كالجوز واللوز أولا قشر له كالتين والتوت وقال القاضى ماله قشران لا يكون للبائع الا بتشقق قشره الأعلى . ورده صاحب المغنى بان تشققه في شجره نادر وتشققه قبل كماله يفسده

بخلاف الطلع وفي المبيع الاعتبار بانعقاد له فان لم ينعقد تبع أصله والا فلا، وأما الزرع الظاهر في الأرض اذا انتقل الملك فيها بالمبيع ونحوه فهو للبائع لأنه ليس من أجزاء الأرض وإنما هو مودع فيها فاشبه الثمرة المؤبرة قال في المغني: لأعلم فيه خلافاً وفي المبيع للشيرازي ان كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع وإن لم يبد صلاحه على وجهين فان قلنا لا يتبع أخذ البائع بقطعه الا أن يستأجر الأرض من المشتري الى حين ادراكه، وأما اذا بدا صلاحه فانه يبقى في الأرض من غير أجره الى حين حصاده، وهذا غريب جداً مخالف [لما] عليه الأصحاب مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له حيث قال إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق والّا لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته ببلوغه للحصاد، وهكذا قال ابن أبي موسى لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه وأما صاحب المغني فقال ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع فلا حق فيه للمتجدد لأنه كالثمر المؤبّر، وأما ما كان يتبع في البيع وهو مال يظهر بما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات فيستحق فيه المتجدد وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقاً ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأخير ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الوصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أولاً يبدو مشكلاً، وأفنى الشيخ تقي الدين بأن الثمر إنما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول وقد أطلع الثمر بعلمه ثم بدا صلاحه بعد موته فانه يكون للبطن الثاني، وقال في شجر الجوز الموقوف إنه ان أدرك أو ان قطعه في حياة البطن الأول فهو له فان مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني، ومن الأصل الذي لورثة الأول فاما ان تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطى الورثة أجره الأرض للبطن الثاني وان غرسه البطن الأول من مال الواقف (١) ولم يدرك الا بعد انتقاله الى البطن الثاني فهو لهم وليس لورثة الأول فيه شيء. واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا إنما هو اذا كان استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً أو فقيراً أو نحوه، أما اذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل وكان المغل كالآجرة يبسط على جميع السنة كالمقاسمة القائمة مقام الآجرة أو ان كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله فانه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثناءه استحق بقسطه وان لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر ادراك ذلك العام

(١) في نسختي الدار الوقف

الى اثناء العام الذى بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه فى عام الادراك واستحق منه من مات فى العام الذى قبله وبنحو ذلك أفى الشيخ تقي الدين رحمه الله (١) وأفى الشيخ شمس الدين بن أبى عمر بأن الاعتناء فى ذلك بسنة المغفل دون السنة الهلالية فى جماعة مقرين فى نزيه حصل لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم يطلبون أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضى وهو مغفل سنة خمس وأربعين مثلاً فهل يصرف اليهم الناظر بحساب سنة المغفل مع أنه قد نزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا فى حساب سنة المغفل فإن أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للبتأخرين إلا شئ يسير فأجاب بأنه لا يحتمسب الا بسنة المغفل دون الهلالية ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك

(القاعدة الرابعة والثمانون)

الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لاحكى القاضى وابن عقيل وغيرهما فى المسألة روايتين قالوا والصحيح من المذهب أن له حكماً وهذا الكلام على اطلاقه قد يستشكل فإن الحمل يتعلق به احكام كثيرة ثابتة بالاتفاق مثل عزل الميراث له وصحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله وتأخير اقامة الحدود واستيفاء القصاص من أمه حتى تضعه واباحة الفطر لها اذا خشيت عليه ووجوب النفقة لها اذا كانت بائناً واباحة طلاقها وان كانت موطوءة فى ذلك الطهر قبل ظهوره الى غير ذلك من الأحكام ولم يريدوا ادخال مثل هذه الأحكام فى محل الروايتين ، وفصل القول فى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان أحدهما ما يتعلق بسبب الحمل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الاسباب الظاهرة فاذا ظهرت أماره الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه فى الظاهر فان خرج حياً تيننا ثبوت تلك الاحكام فى الباطن وان بان أنه لم يكن حمل أو او خرج ميتاً تيننا فساد ما يتعلق من الاحكام به أو بحياته كآثره ووصيته وهذه الاحكام كثيرة جداً وبعضها متفق عليه وبعضها فيه اختلاف فمن أحكامه اذا ماتت كافرة وفى بطنها حمل محكوم باسلامه لم يدفن فى مقابر الكفار لحرمة الحمل

ومنها اخراج الفطرة عن الحمل وهى مستحبة وفى وجوبها طريقان للأصحاب منهم من جزم بنفى الوجوب ومنهم من قال فى المسألة روايتان (ومنها) فطر الحامل اذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة وهل الكفارة من مالها أو بينها وبين من يلزمه نفقة

(١) هذه الفقرة الى آخر القاعدة ليست فى نسختى الدار

الحمل على احتمالين ذكرهما ابن عقيل في فتونه (ومنها) اذا اشترى جارية فبانت حاملا فنص احمد في رواية أبي طالب أن البائع ان أقر بوطنها ردت اليه لأنها أم ولد له وان انكر فان شاء المشتري ردها وان شاء لم يردها فابطل البيع مع اقرار البائع بالوطىء بمجرد تبين الحمل وقال ابن عقيل عندي لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الامة أم ولد لجواز أن لا يكون كذلك وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء فاما على الرواية فالبيع من أصله باطل لعدم استبراء البائع (ومنها) لو وطىء الراهن أمته المرهونة فاجبها خرجت من الرهن ولزمه قيمتها تكون رهنا كذا قاله كثير من الأصحاب ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أجلبها (ومنها) اذا وطىء جارية من المغنم لحملت فانها تقوم عليه في الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن احمد وقال القاضى في خلافه لا تصير مستولدة بناء على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها لكونها حاملا بحر (١) ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه كذلك (ومنها) اذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت طالق فالمنصوص عن احمد في رواية أنه ينظر اليها النساء فان خفى عليهن فان جاءت به لتسعة أشهر أو لسته أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه وصحح القاضى في موضع من الجامع هذه الرواية وقال أكثر الأصحاب ان ولدت لاكثر من نهاية مدة الحمل لم تطلق وان ولدت لدون أكثر مدة الحمل فان كان لم يطاها بعد اليمين طلقت وان وطئها بعد اليمين فان ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طلقت وان ولدت لاكثر منه فوجهان أشهرهما لا تطلق وجعله القاضى في المجرد وجها واحدا لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد والثاني تطلق لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال (ومنها) اذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فماتت ولا اب له وقد كان تقدم من الزوج وطئ هذه الزوجة فانه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هي حامل من وطئ المتقدم أم لا لأجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحت حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر فانه يمنع من وطئ زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا لأجل ميراث الحمل من عمه ثم ان جاءت بولد لسته أشهر من حين الموت فانه يرث بلا إشكال وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من أكثر مدة الحمل فان كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل لأن الظاهر أنها كانت حاملا قال احمد في رواية ابن منصور

في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فيموت انها إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم مات منها ورثناه وان جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورثه الا بيئته ويكف عن امرأته اذا مات ولدها فان لم يكف فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا وظاهر هذا انه ان كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف فان جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضا وكان كن لم يطأ وإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً فظاهر كلام احمد الذي ذكرناه أنه لا يرث وبه جزم للقاضي في المجرد الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها وقال في الجامع الكبير يحتمل وجهين خرجهما من مسألة تعليق الطلاق على الحمل التي تقدمت

النوع الثاني الاحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك وملك وعق وحكم باسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكا الخلاف في الحمل له حكم أم لا وبعض هذه الاحكام ثابتة بغير خلاف ولندكر جملة من هذه الاحكام فنبا وجوب النفقة له فيجب نفقة الحمل على الأب وان كانت أمة لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق، وهذه النفقة للحمل لآلامه على أصح الروايتين وهي اختيار الخرقى وأبي بكر، ولهذا يدور معه وجودا وعدما فعلى هذه يجب مع نشوز الام وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الاعسار ذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر، وتسقط ييسار الحمل اذا حكم له بملك ذكره القاضي أيضا في الخلاف وظاهر كلامه في كتاب الروايتين يخالف ذلك ويجب الاتفاق في مدة الحمل ولا يقف على الوضع نص عليه أحمد وخرج الآمدى وأبو الخطاب وجها اذا قلنا لاحكم للحمل انه لا يجب للحمل نفقة حتى ينفصل فترجع بها وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما أم الولد اذا مات عنها سيدها وهي حامل فليست من هذا القبيل وإن كان أبو الخطاب ذكر في وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها، وفيها أيضا روايتان وليس ذلك مبني على أن النفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغوني وغيره فان نفقة الأقارب تسقط بالموت ولكن هذا من باب النفقة على المحبوسة بحق الزوج من ماله كنفقة البائن الحامل نعم إن يتوجه أن يقال إن قلنا النفقة للحامل وجبت كنفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لآلهما محبوستان لحق الزوج فاذا وجبت لهما نفقة فهي من ماله وإن قلنا النفقة للحمل فهي على الورثة كما سبق، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغوني وغيره وفي نفقة أم الولد الجامل ثلاث روايات عن أحمد: أحدها لا نفقة لها نقلها حرب وابن بختان والثاني ينفق عليها من نصيب مافي بطنها نقلها محمد بن يحيى النكحال، والثالثة ان لم تكن

ولدت من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال إذا كانت حاملا وإن كانت ولدت قبل ذلك فهي في عداد الأحرار ينفق عليها من نصيبها نقلها عنه جعفر بن محمد وهي مشكلة جدا ومعناها عندي والله أعلم أنها إذا كانت حاملا ولم تنزع من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال لما ذكرنا من حبسها على سيدها بالحل فتكون الفقة عليه حيث لم يثبت استيلادها بعد ، ويجوز أن لا تصير أم ولد بالكلية وتسترق فإذا أنفق عليها من جميع المال فإن بين عتقها وقد استوفت الواجب لها وإن رقت لم يذهب على الورثة شيء من حيث أنفق على رقيقهم من مالهم وإن كانت ولدت قبل ذلك من سيدها فقد ثبت لها حكم الاستيلاء في حياة السيد وهو معنى قوله هي في عداد الأحرار ، وحينئذ يعتق لموت السيد بلا ريب فأيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيدها ويزيده إيضا في المسألة الآتية (ومنها) وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله وقد نص أحمد في رواية الكحال أن نفقة أم الولد الحامل من نصيب ما في بطنها ذكره القاضي في خلافه واستشكله الشيخ مجد الدين قال لأن الحمل إنما يرث بشرط خروجه حيا ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ويجاب عنه بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالأرث من حين موت موروثه وإنما خروجه حيا يتبين به وجود ذلك فإذا حكمنا له بالملك ظاهراً جاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من يلزمه نفقته لاسيما والنفقة على أمه يعود نفعا اليه كما يتصرف في مال المفقود إذا غلب على البطن هلاكه ويقسم ماله بين ورثته ، وإن جاز أن يكون حيا بل هو الأصل حتى لو قدم حيا وقد استهلك ماله في أيدي الورثة ففي ضمانه روايتان ، وكذا يقال في مال الحمل ويشهد له إذا أنفق الزوج على البائن يظنها حاملا ثم تبين أنها لم تكن حاملا ففي الرجوع روايتان أيضاً ، وقد يحمل إيجاب الأم من نصيب الحمل على أن الأم ترجع به على نصيبه إذا وضعت حيا وفيه بعد (ومنها) ملكه بالميراث وهو منفق عليه في الجلة لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه وتبين ذلك بخروجه حيا أو لم يثبت له الملك حتى انفصل حيا فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه الثابتة له هل هي معلقة بشرط انفصاله حيا فلا يثبت قبله أو هي ثابتة له في حال كونه حاملا لكن ثبوتها مراعاة بانفصاله حيا فإذا انفصل حيا تبين ثبوتها من حين وجود أسبابها ، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال هل الحمل له حكم أم لا والذي يقتضيه نص أحمد في الاتفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالأرث من حين موت أبيه وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضاً فروى عنه جعفر بن محمد في نصراني مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى فأسلمت بعد موته ثم ولدت هل ترث قال لا وقال إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو وإنما يرث بالولادة وحكم له بحكم الإسلام

وقال محمد بن يحيى الكحال قلت لابي عبد الله مات نصراني وامرأته حامل فاسلمت بعد موته قال :
ما في بطنها مسلم قلت يرث أباه اذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال لا يرثه فصرح بالمنع من ارثه من أبيه
معللاً بان ارثه يتاخر الى ما بعد ولادته لانه قبل ذلك مشكوك في وجوده واذا تاخر تورثه الى
ما بعد الولادة فقد سبق الحكم باسلامه زمن الولادة اما باسلام أمه كما دل عليه كلام احمد هنا او
بموت أبيه على ظاهر المذهب، والحكم باسلام لا يتوقف على العلم به بخلاف التورث وهذا يرجع
الى أن التورث يتاخر عن موت الموروث اذا انقضى سببه في حياة الموروث وأصول احمد تشهد
لذلك في اسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث وأما على ما صرح به ابن عقيل وغيره وهو مقتضى
رواية الكحال في النفقة فيرث الحمل بموت أبيه منه وان قلنا يحكم باسلامه بموت احد أبويه كما
سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم ومانعه وأما ان قيل لا يحكم باسلامه بموت أحد على ما ذكرناه
واضح لاخفاء فيه وقد ألم به بعض الأصحاب وأما القاضي والاكثر فاضطربوا في تخرج كلام
احمد وللقاضي في تخرجه ثلاثة أوجه الأول ان اسلامه قبل قسمة الميراث أو جب منعه من التورث
كما أن اسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب تورثه اعتباراً بالقسمة في التورث والمنع
وهذه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وهي ظاهرة الفساد لأن اسلام قريب الكافر
بعد موته وثبوت ارثه لا يسقط تورثه منه بغير خلاف فان تورث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيباً
في الاسلام وحثاً عليه وهذا المقصود ينعكس ههنا، والثاني أن هذه الصورة من جملة صور تورث
الطفل المحكوم باسلامه بموت أبيه منه ونصه هذا يدل على عدم التورث فيكون رواية ثانية في المسئلة
وهذه طريقة القاضي في كتاب الروايتين وهي ضعيفة لأن احمد صرح بالتعليل بغير ذلك ولأن
تورث الطفل من أبيه الكافر وان حكم باسلامه بموته غير مختلف فيه حتى نقل ابن المنذر وغيره
عليه الإجماع فلا يصح حمل كلام احمد على ما يخالف الإجماع الثالث ان الحكم باسلام هذا الطفل
جعل بشيئين بموت أبيه واسلام أمه وهذا الثاني مانع قوى لانه متفق عليه فلذلك [منع] الميراث
بخلاف الولد المنفصل اذا مات أحد أبويه فانه يحكم باسلامه ولا يمنع ارثه لان المانع فيه ضعيف
للاختلاف فيه وهذه طريقة القاضي في خلافه وهي ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل احمد فان احمد
إنما علل بسبق المانع لتورثه لا بقوة المانع وضعفه وإنما ورث احمد من حكم باسلامه بموت احد
أبويه لمقارنة المانع للضعفه (ومنها) ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتورث واختار
القاضي أن الوصية له تعليق على خروجه حياً والوصية قابلة للتعليق بخلاف الهبة وابن عقيل تارة
وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصى وقبول الولي له، وصرح به أبو

المعالي التنوخي وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك اذا كان مالاً زكواً وكذلك في المملوك بالارث وحكى وجهاً آخر أنه لا يجرى في حول الزكاة حتى توضع للتردد في كونه حياً مالكا فهو كالمكاتب ولا يعرف هذا التفريع في المذهب (ومنها) الاقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا على وجهين وقال التميمي لا يصح وقال أبو حامد والقاضي يصح واختاف في مأخذ البطلان فقيل لان الحمل لا يملك الا بالارث والوصية ، فلو صح الاقرار له تملك بغيرها وهو فاسد فان الاقرار كاشف للملك ومبين له لا موجب له وقيل لأن ظاهر الاطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها وهي مستحيلة مع الحمل وهو ضعيف لانه اذا صح له الملك توجه حمل الاقرار مع الاطلاق عليه ، وقيل لان الاقرار للحمل تعليق له على شرط في الولادة لانه لا يملك بدون خروجه حياً والاقرار لا يقبل التعليق وهذه طريقة ابن عقيل وهي أظهر وترجع المسئلة حينئذ الى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق (ومنها) استحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن احمد كما سبق أنه لا يستحق حتى يوضع ، وهو قول القاضي والاكثرين وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداء وقياس قوله في الهبة كذلك إذ تملك الحمل عنده تملك منجزاً لا معلقاً وانما منع القاضي صحة الهبة له لان تملكه معلق على خروجه حياً والهبة لا تقبل التعليق وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الارث والوصية والهبة فان الوقف انما المقصود منفعته وثمراته وفوائده ، وهي مستحقة على التأيد لقوم بعد قوم والحمل ليس من أهل الانتفاع فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المستفيعين به حتى يولد ويحتاج الى الانتفاع معهم بخلاف الملك الذي يختص به واحد معين لا يشاركه فيه غيره فان هذا ثبت للحمل ولا يجوز انتزاعه منهم مع وجوده ، ويلزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المعين دون استحقاقه مع أهل الوقف (ومنها) الأخذ للحمل بالشفعة اذا مات مورثه بعد المطالبة ، قال الأصحاب لا يؤخذ له ثم منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده ومنهم من علل بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكماً وملكاً (ومنها) اللعان على الحمل ، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين إحداهما لا يصح نفيه ولا الالتعان عليه لانه غير محقق ، نقلها أبو طالب وحنبلي والميموني عن احمد وعلل باحتمال كونه ريحاً وهذا هو المذهب عند الأصحاب ، والثانية تلاعن بالحمل نقلها ابن منصور عن احمد قال الخلال هو قول أول وذكر النجاد أنه هو المذهب واختاره صاحب المغني ، وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استحقاق الحمل والاقرار به لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه والمنصوص عن احمد

في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الاقرار به وهو منزل على قوله إنه لا يذني باللعان عليه (ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتا من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد انكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللا بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضى اهداره، ونسبه الى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعى التحقيق ويرضى لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضى اهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما ان يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقت الحياة لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحينئذ فالجاني إما ان يكون قتله او منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضاً فإن دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالتقاطع بأنها هي التي قتلتها ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وان ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي، وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال الا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنيتها وجب ضمانها لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل اذ لم ياق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب يكفي ان يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها فشوه الجنين وان لم ينفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب اذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوه لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتا فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر والثاني لا يضمن لأنه منخفق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها، وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى الى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب الى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس قالوا وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الآمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والأحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص ولو ألفت البهيمة بالجناية جنيئاً حياً ثم مات فاحتمل أن ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حياً لا غير والثاني عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغنى في الآمة إذا

أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين ثلاث احتمالات والمذهب الاول ولم يذكر القاضي سواه وخرج الشيخ مجد الدين ان جنين الامة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال ولو قتل صيداً ماخصاً فقيه ثلاثة أوجه ، احدها يفديه بمثله من النعم ماخص وهو قول أبي الخطاب ، والثاني يفديه بقيمته مثله لأن اللحم الماخص يفسد بقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضي ، والثالث يحرمه أن يفديه بمثله غير ماخص لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغنى احتمالاً (ومنها) هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا ، قال احمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت ان كانت تعمدت فاحب الى أن يعتق رقبة وان سقط حياً ثم مات فالدية على عاقلتها لآييه ولا يكون لامه شيء لأنها القاتلة . قيل له فان شربت عمداً قال هو شبه العمد شربت ولا تدرى يسقط أم لا عسى لا يسقط . الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمداً للشك في وجوده لا للشك في الاسقاط بالدواء لأنه قد يكون الاسقاط معلوماً كما أن القتل بالسم وبحره معلوم ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فانه صرح بانه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد (ومنها) عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حياً في المسئلة روايتان ، أحدهما ينفذ من حينه وهو المذهب ، والثانية لا يعتق حتى تضعه حياً نص عليها في رواية ابن منصور قال لا يجب العتق الا بالولادة ، هو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت وكذلك الخلاف اذا أعتق تبعاً لعتق أمه أو يملكه من يعتق برحم ، ويتفرع على هذا الأصل فروع :

الفرع الاول لو زوج ابنه بأمته فولدت ولداً بعد موت الجد سيد الامة فان قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده نص على ذلك احمد في رواية أبي طالب وصالح وان قلنا لا يعتق حتى توضع فهو تركة موروثه عن سيده فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك أحمد في رواية المروذي وهذا لأننا ان قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الاولاد المستقلين والا فهو موجود حقيقة ومودع في أمه فالملك فيه قائم وطرد القاضي وابن عقيل الخلاف في ثبوت ملكه أيضاً وذكرنا في الوصية أنه لو وصى بأمه لزوجها وهي حامل منه فولدت فان قلنا للحمل حكم فهو موصى به معها يتبعها في الوصية ، وإن قلنا لا حكم له لم يدخل في الوصية وكان ملكاً لمن ولدته في ملكه لأنه حينئذ ثبت له حكم بظهوره . فان ولدته في حياة الموصى فهو له أو بعد موته وقبل القبول فهو لمن حكمنا له بالملك في تلك الحال على الخلاف فيه وان ولدته بعد قبوله فهو له ويعتق عليه ، وهذا يقتضى هنا اننا اذا قلنا لا حكم للحمل ولا يعتق على جده فمات الجد ووضع بعد موته انه اذا كلن (٢٤ - قواعد)

وضعه بعد القسمة فهو ملك لمن حصت الامة له ، وان كان قبل القسمة فهو مشترك بينهم لا لانه موروث عن أبيهم بل لانه نماء ملكهم المشترك فظهر بهذا أن للاصحاب في معنى كون الحمل له حكم أولا حكم له طريقين : احدهما انه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وانما يحكم بوجوده بالوضع . والثاني وهو المنصوص انه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أولا يثبت له ذلك حتى يفصل .

الفرع الثاني اذا اعتق الامة الحامل عتق حملها معها ولكن هل يقف عتقه على انفصاله او يعتق من حين عتق أمه على ما تقدم وقياس ما ذكره القاضى وابن عقيل انه لا يعتق بالكلية اذ هو كالمعدوم قبل الوضع وهو بعيد جداً فان أسوأ ما يقدر في الحمل انه ورد عليه العتق في حال منع من نفوذه مانع فوقف على زواله كعتق المريض لكل رقيقه ، فانه يقف على اجازة الورثة ومن اصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه في ظاهر المذهب فان كان اصله موجوداً في ملكه صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين كمن قال لامته كل ولد تلدينه حر ، وهذا العتق قد يشر بالعتق أمته وحملها متصل بها فوقف نفوذ عتقه على صلاحيته للعتق بظهوره وقد صرح القاضى في خلافه بانه لو أعتق الحمل وكان علقه عتق وان لم يكن مملوكاً حينئذ نظرنا الى هذا المعنى والله أعلم .

الفرع الثالث اعتق الامة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقاً نص عليه في رواية جماعة وتوقف فيه في رواية ابن الحكم ، وخرج ابن أبي موسى والقاضى انه لا يصح استثنائه بناء على انه كجزء من أجزائها وخرجه أيضاً من عدم صحة استثنائه في البيع ، ولا يصح لأن البيع تنافيه الجهالة بخلاف العتق .

الفرع الرابع اعتق الموسر أمة له حملها لغيره فهل يعتق بالسرايه أم لا ؟ ان قلنا انه مستقل بنفسه لم يسر اليه العتق وانما دخل مع الام اذا كان مملوكاً لمالكها تبعاً لاتصاله بالام واجتماعهما في ملكه كما يتبع الطلع المؤبر للنخل في العقد اذا كان ملكاً للمالك ولا يتبع اذا كان ملكاً لغيره وهذا اختيار السامري وصاحب التلخيص والمحرر ، وقال القاضى والشرىف أبو جعفر وأبو الخطاب يعتق ويضمنه لمالكه بناء على أنه كجزء منها .

الفرع الخامس لو اعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حياً مبني على ماسبق وأشار القاضى وابن عقيل في ديات الأجنة الى خلاف لنا في صحة عتقه بناء على أنه كالمعدوم وهو ضعيف وقياس قول من قال هو كجزء منها أن يسرى عتقه اليها وهو ضعيف أيضاً . وينبني على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل فاعتق السيد حملها بعد الجنابة أو أعتقه السيد

ثم جنى عليه ثم انفصل ميتا أو انفصل حيا ثم مات عقيب الانفصال، فهذا يبنى على أن العتق هل حصل قبل الانفصال أو لم يحصل إلا بعده، وعلى أصل آخر وهو إذا جرح رقيقا ثم عتق فسرى إلى نفسه فمات هل يضمنه بدية حر أو بقيمة عبد على روايتين فإذا علم هذا فهنا صور أربعة: (أحدها) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل ميتا فيبنى على أن العتق هل حصل له حال كونه حلاما لا فإن قلنا لم يحصل له العتق حينئذ وجب ضمانه بضمان جنين ملوك عشر قيمة أمه وإن قلنا قد عتق انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية فإن قلنا الاعتبار بحال الجناية فكذلك وإن قلنا بحال السراية ففيه غرة ضمان جنين حر، وقيل يضمنه ضمان رقيق وجها واحدا كذلك ذكره القاضي وابن عقيل إذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله وحكما أيضا فيما إذا لو اعتق الأم بعد الجناية ثم ألت جنينها وجهين مخرجين من الاختلاف في اعتبار حالة السراية أو الجناية والفرق بينهما غير متوجه، (والصورة الثانية) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل جيا ثم يموت فقد حصل له العتق بغير خلاف فيبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم وفي مسودة شرح الهداية يضمنه بدية حر رواية واحدة وهو سهو (الصورة الثالثة) أن يعتق أولا ثم يجنى عليه ثم ينفصل حيا فيجب ضمانه بدية حر إن قلنا عتق وهو حمل وإن قلنا لا يعتق إلا بعد الانفصال انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة الجناية أو السراية فإن قلنا بحالة السراية يضمنه بدية حر وإلا يضمنه ضمان رقيق وظاهر كلام صاحب المحرر أنه يجب ضمانه بدية حر وجها واحدا لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر ووجد الموت بعد النفوذ وفيه نظر، والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بعد وجود الصفة (والصورة الرابعة) أن يعتق ثم يجنى عليه ثم ينفصل ميتا فإن قلنا عتق وهو حمل يضمنه ضمان جنين حر وإن قلنا إنه لم يعتق يضمنه ضمان جنين رقيق ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بأنه لم يعتق بعد، وفي الخلاف الكبير والمحرر أن حر با نقل ذلك أيضا عن أحمد وليس كذلك وإنما حكاه أحمد في روايته عن الزهري وقال ما أدري كيف وجهه، وقال القاضي وابن عقيل إذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجده كدمه في جميع هذه الصور فهو ضعيف كما سبق (ومنها) ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والأصداق قال القاضي وابن عقيل إن قلنا للحمل حكم فهو داخل في العقد ويأخذ قسطا من العوض وإن قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطا من العوض وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل فلوردت العين بعيب أو افلاس أو طلاق فإن قلنا له حكم (١) رد مع الأصل والا

كان حكمه حكم الفاء وقياس المنصوص عن احمد في الحمل أنه لا يعتق وأنه تركه موروثة يقتضى أن حكمه حكم الاجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين وان قلنا لا حكم له اذ المراد بذلك انه لا يثبت له حكم الأولاد لا انه معدوم وهذا اصح وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسألة الفلاس ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود كالرهن والهبة وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لأمه ذكره القاضى في خلافه ويتخرج على هذا الأصل مسألة اشتراط الحمل في البيع والسلم في الحيوان الحامل وغير ذلك (ومنها) جنين الدابة المذكاة هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال أم لا قال ابن عقيل في فنونه لا يحكم بذكاته الا بعد الانفصال وظاهر كلام احمد خلافه فانه قال هو ركن من أركانها وفرق بين الجنين والولد المنفصل بأن الجنين فيه غرة والولد فيه الدية فعلم انه ليس له حكم الأولاد، وهذا يرجح انه جزء من الأم وان تذكته تابع لتذكيته، وأما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر، وقد ينبى على ذلك انه هل يجب فيه اراقة دمه اذا خرج أم لا ولام احمد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه يدل على الاستحباب فقط وفي بعضها ما يشعر بالوجوب وهذا ينزع (١) الى انه ولد مستقل لكن عفى عن موته بغير تذكية لاتصاله بأمه عند تذكيته ثم وجب سفح دمه ليحصل مقصود التذكية فيه (ومنها) اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوى الصلاة على حملها قال ابن عقيل في فنونه لا، وعلى بالشك في وجوده وهذا متوجه على القول بأنه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجزء من الأم أيضا. وأما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر. وقد يقال شرط ثبوت الاحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا متوجه.

(القاعدة الخامسة والثمانون)

الحقوق خمسة أنواع (احدها) حق ملك كحق السيد في مال المكاتب ومال القن اذا قلنا يملك بالتملك وما يتمتع ارثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالحرم اذا مات موروثة وفي ملكه صيد على اظهر الوجهين (والثاني) حق مملك كحق الاب في مال ولده وحق العاقد للعقد اذا وجب له وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ماخرج عنه الى ملكه مع ان في هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع في الشقص وهما صور مختلف فيها هل يثبت فيها الملك او حق التملك ؟ (فمنها) حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان : احدهما انه يملكها بالظهور : والثانية لم يملكه وانما ملك ان يملكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه ولو أنلف

(١) كتب بهامش نسختنا : لعله يرجع .

المالك المال غرم نصيبه وكذلك الاجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فان قلنا هو ملكه لم يسقط، وان قلنا لم يملكه بعد ففى التلخيص احتمالان : أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثانى لا لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سببه بخلاف الغنيمة فان مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق الغانم فى الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب انه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الاحراز أم لا على وجهين أحدهما لا يشترط وتملك بمجرد تقضى الحرب وهو قول القاضى فى المجرى ومن تابعه على طريقته . والثانى يشترط وهو قول الخرقي وابن أبى موسى كسائر المباحات ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها الا من شهد الاحراز، وأما على الاول فاعتبر القاضى والاكثر من شهود احراز (١) الواقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل فى الاحكام السلطانية بين الجيش واهل المدد فاما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الواقعة اذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر كموت الغازى او موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب ونص احمد فى رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل فى المعركة يعطى ورثته نصيبه . والوجه الثانى لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضى فى خلافه . فعلى هذا انما ثبت لهم حق التملك كالشفيع فن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضى فى خلافه فى باب الشفعة أن الحق ينتقل الى الورثة بدون القبول والمطالبة وان قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالاعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما اذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فانه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره ويصير فينا فان اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بعينه فى المغنم قبل القسمة بما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فانه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الاسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين على الخلاف فى حق الغانمين (ومنها) حق الزوج فى نصف الصداق اذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهرا أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والاول هو المنصوص وعلى الثانى فتكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابى الخطاب كرجوع الاب وزعم صاحب الترغيب ان هذا مرتب على الخلاف فى عفو الذى يده عقدة النكاح هل هو الزوج أو الولى وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فان العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس فى قولنا ان الذى يده

عقد النكاح هو الأب ما يستلزم أن الزوج لم يملك نصف المهر لأنه إنما يعفو عن النصف
 المختص بابنته فاما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفى ولا اثبات . والعجب انه حكى بعد ذلك
 في صحة عفو الزوج عن النصف اذا قلنا قد دخل في ملكه وجهين والصحيح المشهور انه يصح
 عفو ان كان مالكا كما يصح عفو الزوجة مع ملكها بنص القرآن لكن ان كان الصداق دينا
 صح البراء منه بسائر الفاظ المباراة من البراء والاسقاط والهبه والعفو والصدقة والتحليل
 ولا يشترط له قبول وان كان عينا وقلنا لم يملكه وانما ثبت له حق التملك فكذلك وكذلك
 يصح عفو الشفيع عن الشفعة ذكره القاضى وابن عقيل وان قلنا ملك نصف الصداق صح بلفظ
 الهبة والتملك وهل يصح بلفظ العفو على وجهين : احدهما لا يصح قاله ابن عقيل . والثاني يصح قاله
 القاضى ورجحه صاحب المغنى وهو الصحيح لأن عقد الهبة عندنا ينعقد بكل لفظ يفيد معناه
 من غير اشتراط إيجاب ولا قبول بلفظ معين . وقال القاضى وابن عقيل يشترط هنا الإيجاب
 والقبول والقبض وحكى صاحب الترغيب فى اشتراط القبول وجهين والصحيح أن القبض لا
 يشترط فى الفسوخ كالأقالة ونحوها صرح به القاضى فى خلافه وكذلك يصح رجوع الأب فى
 الهبة من غير قبض وكذلك فسخ عقد الرهن وغيرها (ومنها) حق الملتقط فى اللقطة بعد حول
 التعريف وفيه وجهان أشهرهما انه يثبت له الملك بغير اختياره واختاره القاضى وقال انه ظاهر
 كلام أحمد والثانى لا يدخل حتى يختار وهو اختيار أبى الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك
 (ومنها) الموصى له بعد موت الموصى وفيه وجهان : احدهما أنه يثبت له الملك وقيل إنه
 ظاهر كلام أحمد . والثانى انما يثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عند الأصحاب (ومنها)
 من نبت فى أرضه كلاً أو نحوه من المباحات أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك
 فى المسئلة روايتان معروفتان وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك وعلى الرواية الأخرى انما
 ثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك إذ لا يلزمه أن يبذل من الماء والكلاً الا الفاضل عن
 حوائجه ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بجهازته اليه فقال القاضى والأكثر ان يملكه وخرج
 ابن عقيل أنه لا يملكه لأنه سبب منهى عنه فلا يفيد الملك ويشبه هذا الخلاف فى الطائفة التى
 تغزو بدون إذن الامام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم ام لا وقرر القاضى فى موضع من خلافه
 أن الأسباب الفعلية تفيد الملك وان كانت محظورة كأخذ المسلم اموال أهل الحرب غصباً وان
 دخل اليهم بأمان بخلاف القولية . وفى موضع آخر صرح بخلاف ذلك وانه لا يملك به المسلم وهو
 الصحيح من المذهب (ومنها) متحجر الموات المشهور انه لا يملكه بذلك ونقل صالح عن أبيه

ما يدل على أنه يملكه وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالاحياء فان بادر الغير فاحياه فحق ملكه وجهان معروفان هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره فاما ان ثبت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والمخاطب اذا ركن اليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً ولكن يصح على المنصوص وخرج القاضي وجهاً بالبطلان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح لان الحق في البيع انعقد واخذ به ولا كذلك هنا ولأن المفيد للملك هنا المقعد والمحرم سابق عليه فهو كاستيلاد الاب والشريك يحصل له الملك بالعلق لما كان المحرم وهو الوطء سابقاً عليه .

النوع الثالث حق الانتفاع ويدخل فيه صورة:

(منها) وضع الجار خشبه على جدار جاره اذا لم يضربه للنص الوارد فيه (ومنها) اجراء الماء في أرض غيره اذا اضطر الى ذلك في احدى الروايتين لقضاء عمرته قال الشيخ تقي الدين وكذلك اذا احتاج ان يجرى ماء في طريق مائه مثل أن يجرى مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ماء ثم يقاسمه جاره ولو وضع على النهر عبارة يجرى فيها الماء فخرجها الاصحاح على الروايتين ونقل أبو طالب عن احمد في قوم اقتسموا داراً كانت لها أربعة سطوح يجرى الماء عليها فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء الآخر عليه وقال هذا قد صار لي وليس بيننا شرط فقال احمد يرد الماء الى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضربه . وحمل طائفة من اصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنع من جريان الماء وانه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ويستحدث له مسيلاً فجعل له أن يجرى به على رسمه الأول كذلك كما يجرى ماؤه في أرض غيره للحاجة أو يضع خشبه على جداره وكذا ذكره ابن عقيل وغيره وحمله بعضهم على أن الدار إذا اقتسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الجميع كالاستطراق في طريقها، ولهذا قلنا لو حصل الطريق في حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة، وعلى هذا حمله صاحب شرح الهداية وخرج صاحب المغني في رواية أبي طالب وجهاً في مسألة الطريق بصحة القسمة وبقاء حق الاستطراق فيه للآخر وبينهما فرق، فان الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق فلاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص بخلاف اجراء الماء على السطح فانه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك (ومنها) لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه أو شجراً عليه ثمر لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم

يكن له ذلك كمالاً يملك الجار إعارته غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض فإن عليه إبقاؤه إلى وقت صلاحه للحصاد فاما ان باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع على وجهين ذكرهما القاضى وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل وان ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزراع إذا حصد فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع .

النوع الرابع حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به فان كان لا يصطاد به أو كان الكلب جرواً يحتاج إلى التعليم فوجهان (ومنها) الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره على القول بالجواز فاما نجاسة العين كدهن الميتة فالمنصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن احمد ما يدل على جوازه (ومنها) جلد الميتة المدبوغ إذا قيل يجوز الانتفاع به في الياسات فاما مالا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا يد ثابتة عليه وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده بخلاف ما فيه نفع مباح فانه يجب رده نعم لو غصب خمرأ فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضى وابن عقيل والاصحاب لأن يد الاول لم تزل عنها بالغصب فكأنها تخللت في يده واختلفت (١) عبارات الاصحاب في زوال الملك بمجرد التخمير فاطلاق الاكثرون الزوال منهم القاضى وابن عقيل وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل ومنهم صاحب المغنى في كتاب الحج وفي كلام القاضى ما يدل عليه وبكل حال فلو عادت خلا عاد الملك الاول لحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها حتى لو خلف خمرأ وديننا فتخللت الخمر قضى منه دينه ذكره القاضى في المجرد في الرهن وذكر هو وابن عقيل أيضاً فيه لو وهب الخمر وأقبضها او اراقها فجعلها آخر فتخللت في يد الثانى فهل هي ملك له اولاً ولأول على احتمالين وفرقاً بين ذلك وبين الغصب بأن الأول زالت يده عنها بالاراقة والاقباض وثبت يد الثانى بخلاف الغصب ورجح صاحب المغنى أن الرهن لا يطل بتخمير العصير وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لا مكان عودها مالا (ومنها) مرافق الأملاك كالطرق والأبنية ومسيل المياه ونحوها هل هي مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص وفي المسألة وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضى وابن عقيل في باب إحياء الموات وفي الغصب ودل عليه المنصوص عن احمد فيمن حفر في فئانه بئراً أنه متعبد بحفره

في غير ملك ، و طرد القاضى ذلك حتى في حريم البئر ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به إذ استطرقه عام بخلاف ما لو باع بطريقها واورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء لأنه من الحقوق فهو كسيل المياه : والوجه الثانى الملك وصرح به الاصحاب فى الطرق وجزم به فى الكل صاحب المغنى وأخذ من نص احمد والخرقى على ملك حريم البئر (ومنها) مرافق الاسواق المتسعة التى يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق اليها أحق بها ، وهل ينتهى حقه بانتهاء النهار أو يمتد الى أن ينقل قمشه عنها على وجهين ، وظاهر كلام احمد فى رواية حرب الاول لجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه ، وعلى الثانى فلو أطل الجلوس فهل يصرف أم لا على وجهين لأنه يفضى إلى الاختصاص بالحق المشترك (ومنها) الجلوس فى المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه الى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس أما ان قام لحاجة عارضة ونيته العود فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام فى صف فاضل أو فى وسط الصف فإنه يجوز نقله عنه صرح به القاضى، وهو ظاهر كلام احمد وعليه حل فعل أبى بن كعب بقيس بن عباد .

والتوع الخامس حق التعلق لاستيفاء الحق وله صور :

(منها) تعلق حق المرتهن بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفى جميعه (ومنها) تعلق حق الجناية بالجاني ومعناه أن حقه انحصر فى مالهته وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الارش (١) على ظاهر كلام الاصحاب ويبيع جميعه فى الجناية ويوفى منه الحق ويرد الفضل على السيد ، وذكر القاضى فى المجرى أن ظاهر كلام احمد انه لا يرد عليه شئ. وهذا صريح فى تعلق الحق بالجميع وللأصحاب فى العبد المرهون إذا جنى وكان فى قيمته فضل عن الارش (٢) هل يبيع جميعه أو بمقدار الارش (٣) فيه وجهان لكن يبيع جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص (ومنها) تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمتنع انتقالها بالارث على روايتين وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن ؟ اختلف كلام الاصحاب فى ذلك وصرح الاكثر بان تعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشياء احدها ان تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها فلا ينفك منها شئ حتى يوفى الدين كله . وصرح بذلك القاضى فى خلافه إذا كان الوارث واحداً قال وان كان جماعة انقسم عليهم بالحصص ويتعلق كل حصة من الدين بنظيره من التركة وبكل جزء منها فلا ينفك منها شئ حتى يوفى جميع تلك الحصة ولا فرق فى ذلك بين أن

(١) - (٣) فى نسختي الدار : الارث .

يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق صرح به جماعة منهم صاحب الترتيب في التفليس الثاني أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو في ذمة الميت أو الورثة على وجهين سبق ذكرهما والثالث أنه يمنع صحة التصرف وفي ذلك وجهان أيضاً سبقا وهل تعاق حقهم بالمال من حين المرض أم لا ؟ تردد الأصحاب في ذلك ونقل الميموني عن أحمد فيمن عليه دين يحيط بجميع مترك يجوز له أن يعتق ويهب يعني الميت قال نعم ! قلت هذا ليس له مال قال اليس لك له قلت ليس هذا المال له قال اليس هو الساعة في يده قلت بلى ! ولكنه لغيره قال دعها فانها مسألة فيها لبس والذي كان عنده على ما ناظرته أن هذا جائز . واستشكل القاضي هذه الرواية فيها قرأته بخطه وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين وحملها على أحد وجهين إما أن يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة لتعلق حق الجميع بماله فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منهما . أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء . وقال الشيخ تقي الدين هي بدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت لأن حقهم في الحياة في ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقاً بالموت بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه إذ لاحق لهم في ذمته . قلت : وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافهما في المريض هل لورثته منعه من انفاق جميع ماله في الشهوات أم لا ؟ ففي موضع جز ما بثبت المنع لهم لتعلق حقوقهم بماله وأنكر ذلك في مواضع (ومنها) تعلق حق الموصى لماله هل يتبع الانتقال إلى الورثة جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين ومنهم أبو الخطاب في انتصاره وأبو الحسين في فروعه ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب أن الموصى به قبل القبول على ملك الورثة وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة مفرقا بين الدين والوصية بأن حق الموصى له في عين التركة ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين فإن حق صاحبه في التركة والذمة وللورثة التوفية من غيره وأخذ ذلك بما رواه ابن منصور عن أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة قال لا يقسم المال حتى ينفذوا ما قال إلا إن يضمنوا أن يخرجوه فلم أن يقسموا البقية وكذلك في المجرى والفصول في باب الشراكة أن الموصى له أن كان معيناً فهو شريك في قدر ما وصى له به وإن كان غير معين كالفقراء والمساكين لم يحز للورثة التصرف حتى يفردوا نصيب الموصى له وبما يدل على عدم انتقاله إلى الورثة أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث وإن إجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية (ومنها) تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة أو ارتهان أو تعلق الاستيفاء كالجناية اضطرب

كلام الاصحاب في ذلك اضطرابا كثيرا . ويحصل منه ثلاثة اوجه : احدها انه تعلق شركة وصرح به القاضي في موضع من شرح المذهب وظاهر كلام ابى بكر يدل عليه وقد بينه في موضع آخر والثاني تعلق استيفاء وصرح به غير واحد منهم القاضي ، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة . والثالث انه تعلق رهن وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل :

(منها) ان الحق هل هو متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين ؟ وقد نقل القاضي وابن عقيل الاتفاق على الثاني (ومنها) أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتا في ذمة المالك ام لا ؟ وظاهر كلام الأكثرين انه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء الا ان يتلف المال او يتصرف فيه المالك بعد الحول . فظاهر كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر في شرح الهداية انا اذا قلنا الزكاة في الذمة فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة وهو اختيار الشيخ تقي الدين شيخ الاسلام ابن تيمية وهو حسن (ومنها) منع التصرف والمذهب أن لا يمنع كما سبق (ومنها) اعنى صور تعلق الحقوق بالاموال تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه (ومنها) تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له وقد ذكر القاضي في المجرد أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كالمكاتب مع سيده أولا ؟ كالمرهون بالنسبة الى الراهن على احتمالين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب ، وهو تعلق ديونه بذمة السيد وانما يتوجه على قولنا يتعلق برقة العبد وقد صرح في الخلاف الكبير ببناء المسألة على هذا (ومنها) تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحى المعينة ويقدمون بما يجب صرفه اليهم منها على الغرماء في حيلة الموجب وبعد وفاته .

(القاعدة السادسة والثمانون)

الملك اربعة أنواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة .

اما النوع الاول فهو عامة الاملاك الواردة على الاعيان المملوكة بالاسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في اصول الفقه اجماع الفقهاء على ان العباد لا يملكون الاعيان وإنما ملك الاعيان خالقها سبحانه وتعالى وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا فمن كان مالكا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

وكذا ذكر ابن الزاغوني في كتاب غرر البيان ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله . فعلى هذا جميع الاملاك انما هي ملك الانتفاع ولكن التقسيم هنا وارد على المشهور .

النوع الثاني ملك العيين بدون منفعة وقد اثبتته الاصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة وقد قال احد في رواية منها فيمن أوصى بخدمة عبده أو ظهر دابة تركب أو بدار تسكن . فقال الدار لا بأس بها واكره العبد والدابة لأنهما يموتان قال أبو بكر الذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك لأن الدار تخرب أيضاً وحمل الفاضل كلام احمد على الكراهة دون ابطال الوصية . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله لم يرد احمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه فان هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون هذا الامام ، وانما أراد أن العبد والدابة إذا أوصى بمنافعهما على التأيد فلم يترك للورثة ما ينتفعون به فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث فانه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع بل هو ضرر محض بجواز الوصية وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة لكن ان قصد الموصي ايصال جميع المنافع إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة فلا يحتسب على الورثة منها شيء ولا يصح الايضاء معها بالرقبة وان قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الايضاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . اما ان وصى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره فهو كما لو وصى بعين لاثنين في وقتين واستدل على أن تملك جميع المنافع تملك للعين بالرقبي والعمرى فانها تملك للرقبة حيث كانت تملكاً للمنافع في الحياة وهذا المعنى مثبت في الوصية بسكنى الدار لأن هذا تملك منفعة خاصة ينتهى بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة .

النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان : احدهما ملك مؤبد ويندرج تحته صور :

(منها) الوصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها الا منفعة البضع فان في دخولها بالوصية وجهين (ومنها) الوقف فان منافعه وثمراته مملوكة للوقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لها فوائد متعددة (ومنها) الارض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأيد . والضرب الثاني ملك غير مؤبد فانه الاجارة ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، ومنه ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال

النوع الرابع ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة :

(منها) ملك المستعير فانه يملك الانتفاع لا المنفعة الا على رواية ابن منصور عن احمد أن العارية المؤقتة تلزم كذا قال الاصحاب ويمكن أن يقال لزوم العارية المؤقتة انما يدل على وجوب الوفاء ببدل الانتفاع لا على تملك المنفعة (ومنها) المتفع بملك جاره من وضع خشب وعمر في دار ونحوه وان كان بعقد صالح فهو اجارة (ومنها) اقطاع الأرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها . (ومنها) الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة وقياسه الأكل من الأضحية والتمر المعلق ونحوه (ومنها) أكل الضيف لطعام المضيف فانه اباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا وعن أحمد رواية باجزاء الاطعام في الكفارات وينزل على أحد قولين إما ان الضيف يملك ما قدم اليه وان كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الأكل وإما ان الكفارة لا يشترط فيها تملك (ومنها) عقد النكاح وترددت عبارات الاصحاب في مواده هل هو الملك أو الاستباحة فمن قائل هو الملك . ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها (١) وقيل بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها وقيل بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين واليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات

(القاعدة السابعة والثمانون)

فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال ، أما الأملاك الثامة فقابلية للنقل بالعوض وغيره في الجملة ، وأما ملك المنافع فان كان بعقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون ما هو أعلى منه ويملك المعاوضة عليه أيضا صرح به القاضي في خلافه ويندرج تحت هذا صور :

(منها) اجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الاجرة وأكثر وأقل (ومنها) اجارة الوقف (ومنها) اجارة المنافع الموصى بها وصرح بها القاضي في خلافه (ومنها) اجارة المنافع المستثناة في عقد البيع (ومنها) اجارة [أرض] العنوة الخراجية والمذهب الصحيح صحتها وهو نص أحمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستتجار وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع كرباع مكة (٢) وقد أشار أحمد في رواية حنبل الى كراهة منعها وسند كره في موضعه (ومنها) اعارة العارية المؤقتة اذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها فانه يجوز ولا تجوز الاجارة لأنها أعلى صرح به

(١) يياض في نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) في نسختي الدار : كرباع هذه .

القاضي في خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا نقل فيها فعله ، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الاجارة النافع لزوم العقد وهذا متف في الاقطاع وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجد عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض ولأن اذنه في الايجار عرفي فجاز كما لو صرح به ولو نهايا الشر كان على الارض وقتنا لا يلزم فهل لاحدهما اجارة حصته الاظهر جوازه لأن المهايات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف في اجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا لضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال وتصح المعاوضة على اثباتها واستيفائها وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؟ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفي حوازه بعوض خلاف ويندرج ذلك في (١) مسائل (منها) ما ثبتت عليه يد الاختصاص كالكلب والزيت النجس المنتفع به فانه تنتقل اليد فيه بالارث والوصية والاعارة في الكلب وفي الهبة وجهان اختار القاضي عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف في الحقيقة لأن نقل اليد في هذه الاعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضي في خلافه ، واما اجارة الكلب فالمذهب انها لا تصح لأنها معاوضة ولا مالية فيه وحكى ابو الفتح الخوافي فيها وجهين وكذا خرج ابر الخطاب وجهها بالجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهي عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع الا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الافنية والازقة المشتركة تصح ابحاثها والاذن في الانتفاع بها كالاذن في فتح باب ونحوه قال في التلخيص ويكون اعارة على الاشبه وتجوز المعاوضة عن فتح الابواب ونحوها ذكره في المغنى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على اجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه او وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق اما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة واما الانتفاع بأفنية الاملاك والمساجد بغير اذن من الملاك والامام فان كان فيه ضرر لم يجز والا ففى جوازه روايتان ذكره القاضي في الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على اسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرد (ومنها) متحجر الموات ومن اقطعه الامام مواتا ليجبيه (٢)

(١) في نسختي الدار ويستثنى من (٢) بالاصل (ليجبيه) .

لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق الى غيره بهبة واعارة وينتقل الى ورثته من بعده ودل له المعاوضة عنه على وجهين اصلهما المعاوضة عن الحقوق فان هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة فان النقل فيها ممتنع لأنها من حقوق الاملاك فهي مما استثنى من القاعدة . قال احمد في رواية ابن منصور الشفعة لا تباع ولا توهب وحمل القاضي قوله لا تباع على ان المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض قال لأنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجوز اخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس بخلاف خيار القصاص والعيب لأنه يسقط الى الدية والارش والأظهر حمل قول احمد لا تباع ولا توهب على ان الشفيع ليس له نقلها الى غيره بعوض ولا غيره فاما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه . وذكر القاضي في باب الشفعة أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه فجعل الصلح هنا اسقاطاً من الثمن كالارش ، وعلى قياس خيار الشرط والمجلس لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن (ومنها) السكّاء والماء في الأرض المملوكة اذا قلنا لا يملك ان بدون الحياة فللمالك الاذن في الاخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب . ووقع في المقنع والمحرم ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة وان قلنا بعدم الملك ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه فيلتحق بالقاعدة (ومنها) مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض لأن الحق فيهما لازم بالسبق ولو آثر بها غيره فسبق ثالث فجلس فهل يكون أحق من المؤثر أم لا على وجهين . احدهما نعم لأن حق القائم زال بانفصاله فصار الحق ثابتاً بالسبق . والثاني لا ، لأنه لو قام الحاجة ونحوها لم يسقط حقه فكذا اذا آثر غيره لأنه اقامه مقام نفسه وبني بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الايثار بالقرب فاما ان قلنا بكراهيته فالسابق أحق به وجهاً واحداً وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الأسواق فاجاز النقل في المقاعد خاصة لأنها منافع دينوية فهي كالحقوق المالية (ومنها) الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه الى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع ولا يكون ذلك تمليكا لا تنفاه ملكه بالأخذ حتى لو احتاج الى صاع من بر جيد وعنده صاعان رديتان فله ان يبدلها بصاع اذ هو مأخوذ على الاباحة دون التملك صرح به القاضي وابن عقيل (ومنها) المباح اكله من مال الزكاة والاضاحي يجوز اطعامه للضيغان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة ولا يجوز المعاوضة عن شيء من ذلك (ومنها) منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض الى من يقوم

مقامه فيها وينتقل الى الوارث ويقوم مقام مورثه فيها . وكذلك يجوز جعلها مهر أنص عليه في رواية عبد الله ونص في رواية ابن هاني وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضا عما يستحقه عليه من المهر وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة فاما البيع فكرهه احمد ونهى عنه واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لثلاث يتخذ طريقا الى بيع رقبة الارض التي لا تملك بل هي إما وقف وأما للمسلمين جميعا ونص في رواية المروذي على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوي وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هاني أنه قال يقوم دكانه ما فيه من خلق وكل شيء يورثه فيه فيعطى ذلك ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان ورخص في رواية عنه في شرائها دون بيعها لأن شرائها استنقاذ لها بعوض بمن يتعدى الصرف فيها وهو جائز ورخص في رواية المروذي أيضا في بيع ما يحتاج اليه للنفقة منها فإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الارض وقفها عمر رضى الله عنه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقا كالحلواني وابنه وكذلك خرجها ابن عقيل من نص احمد على صحة وقفها ولو كانت وقفالم يصح وقفها وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاقلا وابن أبي موسى ما يقتضى الجواز وله مأخذان : أحدهما أن الأرض ليست وقفاً وهو مأخذ ابن عقيل وعلى هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وإن كانت فينا لبيت المال وأكثر كلام احمد يدل عليه فهل تصير وقفاً بنفس الانتقال الى بيت المال أم لا على وجهين . فإن قلنا لا تصير وقفاً فللامام بيعها وصرف ثمنها الى المصالح . وهل له اقتطاعها اقتطاع تملك على وجهين ذكر ذلك القاضى في الاحكام السطانية : والمأخذ الثاني أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقي الدين ويدل عليه من كلام احمد أنه أجاز دفعها عوضا عن المهر ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة وإن كان القاضى وابن عقيل والأكثر من صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان أحدهما منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع (منها) أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل هي في فأنه ليس بأجرة بل هو شبيه بها ومتردد بينها وبين البيع (ومنها) المصلحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الابواب ومرور المياه ونحوها وليس باجارة محضة لعدم تقدير المدة وهو شبهه بالبيع (ومنها) لو اعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه على روايتين ذكرهما ابن أبي موسى وهما منصوبتان عن احمد ولا يقال هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال لأن هذه المنافع كانت بملك المعاوضة عنها في حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم

وطء المكاتبه اذا استثناه في عقد الكتابة وهل الكتابة الاعدد معاوضة على المنافع .
النوع الثاني المنافع التي ملكت بمجردة عن الاعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل
الخلافا الذي تتكلم فيه ههنا والله اعلم .

(القاعدة الثامنة والثمانون)

في الاتفعا واحداث ما ينتفع به من الطرق السلوكه في الامصار والقرى وهوائها وقرارها .
أما الطريق نفسه فان كان ضيقا أو أحدث فيه ما يضر بالمارة فلا يجوز بكل حال ، وأما مع
السعة وانتفاء الضرر فان كان المحدث فيه متأبدا كالبناء والغراس فان كان لمنفعة خاصة بأحد الناس لم
يجز على المعروف من المذهب وان كان لمنفعة عامة ففيه خلاف معروف ؛ منهم من يطلقه ومنهم
من يخصه بحالة انتفاء اذن الامام فيه وإن كان غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وايقاف الدابة
فيه ففيه خلاف أيضا . وأما القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص . وأما الهواء فان كان
الاتفعا به خاصا بدون اذن الامام فالمرور منع وباذنه فيه خلاف ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة
(منها) اذا حفر في طريق واسع بترأ فان كان لنفع المسلمين ففيه طريقان . أحدهما ان كان
باذن الامام جاز وان كان بدون اذنه ففيه روايتان قاله القاضى وابن عقيل وصاحب المحرر ، والثاني
فيه روايتان على الاطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغنى اذ البئر مظنة العطش ، وان كان الحفر
لنفسه ضمن بكل حال ولو كان في فناءه نص عليه ولا يجوز اذن الامام فيه عند الاصحاب . وفي الاحكام
السلطانية للقاضى ان له التصرف في فناءه بما شاء من حفر وغيره اذا لم يضر وأما في فناء غيره فان
أضر بأهله لم يجز وان لم يضر جاز وهل يعتبر اذنه أو اذن الامام في فناء المسجد على وجهين
(ومنها) إذا بنى مسجدا في طريق واسع لم يضر بالمارة قال الاكثرون من الاصحاب ان كان باذن
الامام جاز والا فروايتان وقال أحمد في رواية ابن الحكم أكره الصلاة في المسجد الذي لا يؤخذ
من الطريق الا أن يكون باذن الامام ، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحمد أكثره غير مقيد قال
في رواية المروذى المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم . وقال اسماعيل الشاذلى سألت أحمد
عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم الى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك
مسجد ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين
مسجد للمسلمين عامة قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال الجوزجاني في المترجم والذي عنى
أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي صلى الله عليه وسلم من السبع الاذرع كذا قال ومرادمانه

يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن أحمد أن قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق وبذلك فسر ابن بطه وأبو حفص العكبري والأصحاب وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع (ومنها) بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية وكذا إن كان لمصلحة عامة كخان مسبل ونحوه وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الإمام الإذن في ذلك وفي كتاب الطرقات لابن بطه أن بعض الأصحاب أفنى بجوازه وأخذ من نص أحمد في بناء المسجد والفرق واضح لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باق غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبس للعبادة وكلام أحمد يدل على المنع قال في رواية ابن القاسم إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقا فليس لأحد أن يأخذ منها شيئا قليلا ولا كثيرا وقال في رواية العباس ابن موسى إذا نضب الماء عن جزيرة لم يبن فيها لأن فيها ضررا وهو أن الماء يرجع قال القاضي معناه إذا بنى في طريق المارة فضرر بالمارة في ذلك الطريق فلم يجوز له وكره في رواية ابن بختان أن يطحن في الغروب وقال ربما غرقت السفن وقال في رواية مثني إذا كانت في طريق الناس فلا يعجنى والغروب كأنها طاحون يصنع في النهر الذي تجرى فيه السفن وكره شراء ما يطحن فيها وذكر ابن عقيل في الغربة في النهر إن كان وضعها بأذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه جاز والالم يجوز ، ولعل الغربة كالسفينة لا تتأبد بخلاف البناء وحكم الغراس حكم البناء وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد أنها غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام كان أولى ومن الأصحاب من أطاق فيها الكراهة كصاحب المبهج وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء ونص أحمد في رواية ابن هاني وابن بختان في دار السبيل يغرس فيها كرم قال إن كان يضر بهم فلا وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ولعل الغرس كان لجهة السبيل أيضا (ومنها) اختصاص آحاد الناس في الطريق باتفاق لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء فقال الآكثرون إن كان الطريق واسعا ولا ضرر في الجلوس بالمارة جاز بأذن الإمام وبدون أذنه والالم يجوز وللإمام أن يقطعه من شاء وذكر القاضي في الأحكام السلطانية في جوازه بدون إذن الإمام روايتين وحكى في كتاب الروايتين في المسئلة روايتين بالجواز والمنع ثم حملهما على اختلاف حالتين فالجواز إذا لم يضر بالمارة والمنع إذا ضرر وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق لأنه لا يعطل

حق المرور بالكلية فهو كالقيام لحاجة وأظن ابن بطة حكى قبله روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه وكذلك ذكر صاحب المقنع في الجلوس في الطريق الواسع هل يوجب ضمان ما عثر به على روايتين وذلك يدل على الخلاف في جوازه، وأما القاضى فقال لا يضمن بالجلوس رواية واحدة. ومن ذلك لوربط دابته أو وقفها في الطريق والمنصوص منعه قال في رواية أبي الحارث إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق، وكذا نقل عنه أبو طالب وحبل ضمان جناية الدابة إذا ربطها في الطريق، وكذا أطلق ابن أبي موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة وما أخذته أن طبع الدابة الجناية بضمها أو رجلها فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه. وحكى القاضى في كتاب الروايتين رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفتحت يده أو رجل فلا شيء عليه قال القاضى ظاهره أنه لا ضمان إذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا، وأما الآمدى فحمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعته والمذهب عنه الجواز مع السعة وعدم الإضرار رواية واحدة ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة وصرح صاحب التلخيص بجريان الخلاف في صورتى القيام والربط وخالف بعض المتأخرين وقال الربط عدوان بكل حال وربط السفينة وأرسائها في النهر المسلوكة. قال ابن عقيل إن كان باذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل جاز والا لم يجز وخالف بعض الأصحاب في اعتبار اذن الإمام في هذا لتكرره قال الميمونى ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزواريق يعنى في دجلة فاكترى زورقاً من الزواريق فرأيت أنه يتخطى زواريق عدة لأناس ولم أره استأذن أحدا منهم قال بعض الأصحاب لأنه حريم دجلة وهو مشترك بين المسلمين فلما ضيقوه جاز المشى عليه وعلى قياس ذلك لو وضع في المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان بخلاف ما إذا بسط فيه مصلى وقلنا لا يثبت به السبق فانه يرفع ويصلى موضعه ولا يصلى عليه لأن رفعه لامشقة فيه. ومن ذلك الانتفاع بالطريق بالقاء الكناساة والأقذار فإن كان نجاسة فهو كالتخلى في الطريق وهو منهي عنه لكن هل هو نهى كراهة أو نهى تحريم كلام الأصحاب مختلف في ذلك وإن كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه والقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثور كاللحجر فلا يجوز والضمان واجب به وقد نص عليه أحمد في رش الماء قال في الترغيب إلا أن يرشه ليسكن به الغبار فهو مصلحة عامة فيصير كحفر البشر السابلة وفيه روايتان (ومنها) الحفر في الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاءه واسقف عليه قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فئانه البشر أو يخرج المغلق

قال لا هذا طريق للمسلمين قلت انما هي بئر تحفر ويسد رأسها قال أليس في طريق المسلمين اكره هذا كله فمنع من التصرف في باطن الطريق بالحفر ونقل عنه ابن هاني وابن بختان والفضل بن زياد في رجل في داره شجرة فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر لمن هذه الشجرة قال ما أدري ما هذا وربما كان ضررا على صاحب الأرض قال القاضي وظاهر هذا أنه اذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض لا يؤخذ بقلعها لأن الضرر انما يكون بظهورها على وجه الأرض انتهى وفيه نظر وصرح ابن عقيل في الواضح في أصول الفقه بوجوب ازالة عروق شجرته من أرض غيره (ومنها) اشراع الاجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار الى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهنا وغيرهم ولم يعتبر اذن الامام في ذلك وكذلك ذكر القاضي في المجرد وصاحب المغنى وقال القاضي في خلافه والأكثرون يجوز باذن الامام مع انتفاء الضرر به وفي شرح الهداية للشيخ مجد الدين في كتاب الصلاة ان كان لا يضر بالمارة جاز وهل يفتقر الى اذن الامام على روايتين احدهما يفتقر لانه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة الا للامام . والثانية لا يفتقر لأن منفعة الطريق المروور وهو لا يختل بذلك وأما الميازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب قال المروذي سقف لابي عبد الله سطح الحماكة وجعل مسيل المياه الى الطريق وبات تلك الليلة فلما اصبح قال ادع لي التجار يحول الميزاب الى الدار فدعوته له فحوله وهذا لا يدل على التحريم لأنه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداءً وانما حوله تورعا لحصول الشبهة فيه وفي المغنى احتمال بجوازه مطلقاً مع انتفاء الضرر واختاره طائفة من المتأخرين وقال الشيخ تقي الدين اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس في ذلك والممانعون يقولون ميزاب العباس وضعه النبي صلى الله عليه وسلم بيده فكان أبلغ من اذنه فيه ولا كلام فيما اذن فيه الامام

(القاعدة التاسعة والثمانون)

أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف أما عقود الضمان فقد سبق ذكرها وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة وأما الاتلاف فالمراد به أن يباثر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الاتلاف بان يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً أو يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبساً بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا حل وكاهزق مانع فاندفع

أوفتح قفصاً عن طائر فطار أو حل عبداً بقا فهرب هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والا كثرون
لأنه تسبب إلى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل في فتونه ما كان من الطيور بألف البروج
ويعتاد العود فقال لا ضمان في اطلاقه وإن لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال
أيضاً في الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فؤله كالآدمي وما لا يحال عليه الضمان
كالحيوانات والجمادات فإذا حل قيد العبد لم يضمن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه
فيقطع مباشرته للتلف بسبب مطلقته وهذا الذي قاله إنما يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيد
فأما إذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الأصحاب إن جناية
العبد المغضوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على
الغاصب لتعديده بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغوني في الإقناع وجهاً
آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمن لتعلقها بالرقبة المملوكة
للجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله في مطلق العبد لأنه متسبب إلى الاتلاف فإذا
لم يمكن إحالة الضمان على المباشر أحيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الإهدار
مهما أمكن وخرج الآمدي وجهاً آخر أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته يتبع بها بعد
عتقه وهنا فرع متردفيه بين ضمان اليد وضمان الاتلاف وهو ما إذا حفر بشراً عدواناً أو نصب
شبكة أو منجلاً للصيد ثم مات ثم وقع في البثر حيوان مضمون أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون
فإن جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح في المجرى وابن عقيل في الفصول في باب
الرهن حتى قالوا لو سعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها لسبق سببه ولو كانت التركة عبداً فأعتقه
الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمرهون صرح به القاضي في الخلاف وإن جعلناه من ضمان اليد
فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف
الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته هل هو تركة مورثة جعلها كيد المشاهدة أو
هو ملك للورثة لأنها صارت كأيديهم والذي صرح به القاضي وابن عقيل أنه تركة مورثة وقال
أبو الخطاب في الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة إليه كما يتولد من النتاج الموروث
ويشمر من الشجر وأما في العدوان المجرى فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه
من تركة المتعدى لا انعقاد سببه في حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه فطولب بتقصه فباعه
ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهان سبق ذكرهما وهل يجب الضمان على من انتقل الملك
إليه إذا استبداه أم لا والأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً فإنه يقوم مقام البائع فيه

فاذا طوّل بازالته فلم يفعل ضمن على رواية ولو حفر عبده بئراً عدواناً بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففي المغنى الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفي التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون ثبوته عايه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب في ملكه فلا يدقل وهو بعيد تنبيه - لو ألتف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقد نص أحمد على أن من أمسك صيداً في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه أنه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة وإن كان موجباً معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم

﴿ القاعدة التسعون ﴾

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان. ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان أما الأولى فيدخل فيها صور :

(منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب (ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب وينتفى الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً بما تثبت عليه الأيدي كأم الولد ومالم يحوزوه إلى دارهم وما شرد اليهم من دواب المسلمين وارقائهم (١) على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضاً (ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو ألتفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر . وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور :

(منها) من له ولاية شرعية بالقبض (ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فانه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ آبقاً ليرده إلى سيده فزرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الآبق فيه اذن شرعى وفي التلخيص وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكماً فهو أولى بنفى الضمان لعموم ولايته وفي التلخيص فيما اذا حمل المغصوب اليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزمه قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغنى ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغصوب إلا ان يكون له ولاية عليه

(١) في نسختنا وارقابهم والتصحيح عن ٧١١

بوجه مامثل أن يحمده في تركه ميت ووارثه غائب فله الأخذ لأن له ولاية على تركه الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه أو يحمدها في يد سارق فيقطعه وتنزع منه العين تبعاً لولاية القطع والمسئلة المذكورة في مسئلة وجوب القصاص للغائب (١) ومسئلة قطع السارق لمال الغائب (ومنها) الطائفة الممتنعة عن حكم الامام كالبغاة لا يضمن الامام وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب وفي تضمينهم ما أتلفوه على الامام في تلك الحال روايتان أحدهما نفى الضمان الحاقاً لهم بأهل الحرب . وأما أهل الردة اذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففي تضمينهم روايتان واختار أبو بكر عدم التضمن الحاقاً لهم بأهل دار الحرب . وأما اليد الثالثة فهي اليد العارية التي يترتب عليها الضمان

(القاعدة الحادية والتسعون)

يضمن بالعقد وباليد الاموال المحضة المنقولة اذا وجد فيها النقل . فاما غير المنقول فالمشهور عند الاصحاب أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً كما يضمن في عقود التملكيات بالاتفاق ونقل ابن منصور عن احمد أن العقار لا يضمن بمجرد اليد في الغصب من غير اتلاف وكذلك قال أبو جعفر (٢) العكبري في العارية فيما قرأته بخط القاضي وأما المنقول فان حصل نقله ترتب عليه ضمان اليد والعقد وان لم يوجد النقل فهل يضمن بالعقد فيه كلام سبق في أحكام القبوض وأما اليد المجردة فقال القاضي في خلافه لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضاً كالعقد وكما يصير المودع ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا ازالة يد ورتب على ذلك أنه لو باع الغاصب العين المغصوبة وخلي بينه وبين المشتري فتلقت قبل النقل ثم جاء المالك ان له ان يضمن المشتري قال وان سلمناه تعين منع تضمينه فلا أنه لم يحصل كمال الاستيلاء وهو النقل فيما يمكن نقله وانما تردد في هذا لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد وباليد وفي التلخيص اثبات اليد [وجزم ابن عقيل في نظرياته بان المشتري هاهنا لا يضمنه ضمان غصب وان كان يضمنه في البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التخلية وقاسه على العقار فان البائع اذا خلى بينه وبين المشتري صار من ضمانه بالعقد واو ظهر له مستحق لم يضمنه بذلك ضمان غصب فيما يقبل النقل] (٣) الا في الدابة فان ركوبها كاف وكذلك الجلوس على الفرش لأنه غاية الاستيلاء وصرح القاضي في خلافه بمثل ذلك في الدابة وأما غير الاموال

(١) في ٧١١ : للغاصب (٢) في ٧١١ : أبو حفص

(٣) ما بين المربعين أضيف عن نسخة ٧١١ وفي نسخة فيما ينتقل بالنقل

المحضة فنوعان : أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدبر فيضمن باليد على ما ذكره القاضى والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد فى قياس المذهب قاله أبو البركات فى تعليقه على الهداية والثانى الحر المحض هل ثبت عليه اليد فترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن به بحال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كن غصب أمة حاملا بحر ذكره القاضى فى خلافه مما يشعر أنه محل وفاق وحكى القاضى فى خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر فى ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه وقال القاضى فى مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبني على ذلك أن الأجير الخاص اذا سلم نفسه الى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منفعه تحت يده . وكذلك يجب المهر بالخلوة فى النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهى فى يد أحدهما فهى له ترجيحا باليد كذا ذكره القاضى وإنما يتوجه على قولنا بتقدم بينة الداخل وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة اجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجى فى النهاية بصحته وبني عليه جواز صحة اجارة المكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين وبني صاحب التلخيص ايضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فان فى ضمان أجرته وجهين

تنبيه - من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضى فى خلافه وابن عقيل فى تذكرته وغيرهما، وفرعوا عليه صحة تزويج الامة المغصوبة وإن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر . وخالف ابن المنى وجزم فى تعليقه بضمان مهر الامة بتفويت النكاح وذكر فى الحرية تردداً لا امتناع بثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الامة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرية اذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الطلق قال فى التلخيص لأن الاستيلاء كانه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرية لا تدخل تحت اليد وبمجرد السبب ضعيف وفى المغنى يضمنها مطلقا لحصول التسبب فى التلف

﴿ القاعدة الثانية والتسعون ﴾

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا ؟ فى المسألة خلاف وقد قال أحمد فى رواية ابن

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكة مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه إن زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والا فلا، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو غصب دابة عليها مالها ومتاعه ففي الخلاف الكبير لا يضمن ، وكذلك قال الأصحاب لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه لأنها في يد المالك ولو كان الحر صغيرا وقتلنا لا تثبت اليد عليه ففي ثيابه وجهان نظرا إلى [أن] يده لا قوة لها على المنع وهذا يشهد لا اعتبار بقاء إلامتناع في انتفاء الضمان (ومنها) لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهى في يد المؤجر فتلفت قال في المجرد يضمن لتعديده بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان كمن خرق ثوبه وهو لا يمنع وفي التلخيص لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالحمل ففي تكميل الضمان عليه وتنصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادرا على الامتناع أولا يكون كذلك فيجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان (ومنها) الأجير المشترك إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضى في المجرد ، قال لأنه ليس بأكثر من الغاصب والغاصب لا يضمن مادام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى . ومراده بثبوت يد صاحبه ثبوت سلطته وتصرفه ولهذا لو أعاد الغاصب المنصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه مثل إن رهنه عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح إلا أن يعلم أنه مملوك (ومنها) لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جالس على بساطه بغير إذنه والمالك جالس في الدار أو على البساط ففي الخلاف الكبير لا ضمان وعلل بانتفاء الحيولة ورفع اليد. وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع إلى اشتراط الحيولة والقهر للضمان وفي التلخيص لو دخل دار المالك وهو فيها قاصدا للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر وإن كان المالك غائبا فالدخل غصب بكل حال لحصول الاستيلاء به وذكر بعض أصحابنا في خلافه أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامنا لما جلس عليه منه والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصبا (ومنها) لو أُرْدِف المالك خلفه على الدابة فتلفت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيرا أم لا لثبوت يد المالك عليها ذكر في التلخيص احتمالين وصحح للثاني تنبيه — لو كانت العين مأكلا لاثنين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله فهل يكون غاصبا لنصيب رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعا

قال القاضي وابن عقيل هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقي الدين مستدلاً بأن الأعمال بالنيات، فعلى هذا لو استعمل الغاصب والشريك المالك وانتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء فلو باع العين صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب والمنصوص عن أحمد يدل على خلاف لأنه نص في رواية حرب على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً لم يطب للردود عليه الانفراد بما رد عليه وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع اجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف إلا في الربع خاصة والربع الآخر حق لشريكه المغصوب منه ولم يجتمع هنا يد الغاصب مع يد المالك في شيء.

(القاعدة الثالثة والتسعون)

من قبض منصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه منصوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة ثم إن كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وإن ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب وإن كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين وهذا ما ذكره القاضي والأكثرون وفي بعضه خلاف يشير إليه في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة (الأولى) الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التالف تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها (الثانية) الأخذ لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جمل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغيره وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتالف المال تحتها من غير إذن صرح به القاضي في المجرد في باب المضاربة وسيأتي أصله ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك في المرتن ونحوه وأولى وخرجه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الإيداع فإن الضمان على الأول وحده كذلك قال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ومن الأصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب فإن الموجب للضمان في الأول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فإن قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله وبأن الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه والقبض

من يد أمينه ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمتعدى بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ثم بان المبيع مستحقا لم يلزمها شيء لا تناقض هذه المسئلة كما ينوهم من قصر فهمه لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل. أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا له وهنا البتة. وهو بمغزل من مسئلتهم بالكلية (الثالثة) القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل يجعل والمرتهن، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً وترجع بماضمت لدخولها على الأمانة وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى في الرهن احتمالين آخرين أحدهما: أنه يستقر الضمان على القابض لثالث مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض فهي كالعالمية بالحال وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً والثاني لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبغي أن يكون هو المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض مالم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهرت مستحقة أنه لا يملك المستحق قلعها إلا مع ضمان نقضه كالغراس المحترم الصادر عن اذن المالك فجعل المغرور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء مالم يلزم ضمانه. وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة. وقريب من ذلك ما نقل عنه منها فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه ديناراً فاخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتغيره ويرجع هو على الرسول وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فأيها ضمن لم يرجع على الآخر (الرابعة) القابضة لمصلحتها خاصة أما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخله في الضمان في العين دون المنفعة فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغيره وفي المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض وأصل الروایتين الروایتان في رجوع المغرور بالمر على من غره وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء ففيه طريقان أحدهما البناء على الروایتين فإن قلنا لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع والثاني أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً قاله القاضي

وابن عقيل في موضع آخر. وأما العين فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الاول في القسم الذي قبله يستقر ههنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتفويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان مالم يلتزم ضمانه ابتداءً ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه مادخلت على ضمانه ويتخرج لنا وجه آخر أنه لا يستقر عليها ضمان شيء. وسنذكر أصله في القسم الذي بعده (الخامسة) القابضة تملك بعوض مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة لم يرجع بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها ولكن يسترد الثمن من الغاصب لأنه لم يملكه لانتفاء صحة العقد وسواء كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الاصحاب ههنا وفي البيع الفاسد وفي ضمان المغرور المهر. وفي التلخيص احتمال أن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى وبه جزم ابن المنى في خلافه وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر بالوديعة بغير إذن أن الربح للمالك ثم من الاصحاب من بينه على القول بوقف العقود على الاجازة وهي طريقة القاضي في خلافه وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك وكذا في المضارب إذا خالف وعنه رواية أخرى تصدق بالربح لأنه ربح مالم يضمن وهل للمضارب أجره المثل على روايتين وطردهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية في الغاصب وحكى صاحب المغنى في باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بشيء مما صنعه وحكامه في الكافي في باب المضاربة وجها وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه في مسألة رجوع المغرور بالمهر. وهو عندى قياس المذهب حيث قلنا في احدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الاصحاب هذا الخلاف فيما إذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه وأيضاً فإن المنصوص عن أحمد أن البائع إذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فانه يرد بغير شيء. ويأخذ الثمن الا ان يكون حصل له انتفاع بما نقصه فانه يرد عوضه على أحد الوجهين الحاقاله بلبن المصراة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى ولكن سقط عنه كتدليس البائع العيب وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب فلانه لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس

الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى وأما المنافع اذا ضمنها المالك للمشتري بناء على أن المنافع المخصوص مضمونة وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده وعن احمد رواية أخرى لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع اذا ضمنها رجع يدها على الغاصب وكذلك الكسب صرح به القاضي في خلافه الا ان يكون انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الروايتين وقد أشار احمد الى هذا في رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد ان كان احدث فيهم شيئاً أو بأن باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء فوجب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والتاج دون ما ألتف في يده بغير فعله ولم يذ كر رجوعاً على الغاصب وظاهر كلامه ان ما تلف في يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداءً لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به وهذا يقوى التخرج المذكور في القسم الذي قبله وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى لا يضمن المشتري الا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه لكن انتفع به كالخدمة ومهر المشترأة وأما قيمة الأولاد فلا يرجع بها عنده لان نفعها لغيره لا له وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع اذا قلعه المالك ومراده ما نقص بقلعه وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فان تفريغ الارض من الغراس الذي لم يأذن فيه لا بد من تمسكته منه ولا ضمان عليه فيه حيث لم يأذن فيه وإنما الضمان على الغار لتعديده كما أن تضمين القابض مالم يلتزم ضمانه ممتنع حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتعديده فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحمد أن القابض لا يضمن الا ما حصل له به نفع فيضمنه وهل يرجع به على روايتين كرجوع المغرور في باب النكاح بالمهر.

تنبيه - لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي، وقد يخرج كذلك في الاقرار بالملك حيث علم ان مستنده اليد وقد بان عدوانها (اليد السادسة) القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالصداق وعوض الخلع والعق والصلح عن دم عمد اذا كان معينا منه أو كان القبض وفاً كدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع أو غيره (١) وصداق أو قيمة متلف ونحوه فاذا تلفت هذه الاعيان في يد من قبضها ثم استحققت فلمستحق الرجوع

على القابض يبدل العين والمنفعة على ماتقرر، ويتخرج وجها آخر أن لا مطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمن فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغيره إلا بما انتفع به فإنه مخرج على الروايتين . وأما قيم الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضى ومن اتبعه أنه لا يرجع بها لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وإن كان عوضا متعينا في العقد لم يفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا أن النكاح على المفصوب لا يصح لأن القول باتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضى في خلافه ، وقال في المجرد ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعق والصلح عن دم العمد ففيهما وجهان . أحدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لأن هذه العقود لا تفسخ باستحقاق اعواضا فيجب قيمة العوض وهو قول القاضى في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة لعوضهما لالهما وهو قول القاضى في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فابت أن تزوجه على ذلك فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج في البيع أن المرفور يرجع بقيمة العين على الغاصب فههنا كذلك . (اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهى يد المستأجر فقال القاضى والاكثر أن إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت اجرة المثل على الأجرة المسماة ففيه مأمور من زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره وفي تعليقه ابن البركات على الهداية ويتخرج لأصحابنا . وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول الجمهور يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان أحدهما عليه والثاني على الغاصب وهو الذى ذكره القاضى في خلافه انتهى والوجه الاول منزل على القول بأن المرفور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتين ونحوه بتلف العين تحت يده: (اليد الثامنة) القابضة للشركة وهى المتصرفه في المال بما ينمي بجزء من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساق ولهم جرة على الغاصب لعلمهم له بعوض لم يسلم ، فاما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال فإذا ضمنوا على المشهور رجعوا

بما ضمنوا الا حصتهم من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك ذكره القاضى وابن عقيل فى المساقى والمزارع نظيرة ، اما المضارب والشريك فلا ينبغي ان يستقر عليهم ضمان شيء بدون القسمة سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور اولا لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس لهم الانفرد بالقسمة فلم يتعين لهم شيء مضمون . وحكى الاصحاب فى المضارب بغير اذن وجها آخر ان لا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده ويتخرج وجه آخر أن لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الامانة ، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للمال وانما اعدناه هنا لذكر النماء ، واما المساقى اذا ظهر الشجر مستحقا بعد تكملة العمل فللعامل أجره المثل لعمله على الغاصب وأما الثمر اذا تلف فله حالتان احدهما أن يتلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه وله أن يضمّن السكل للغاصب فاذا ضمنه السكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه لانه أخذ العوض فهو كالمشتري من الغاصب ، وفى المنفى احتمال لا يرجع عليه لتغريره فاشبهه من قال لغيره كل هذا فانه طعنى ثم بان مستحقا وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال وهل للمالك أن يضمّن العامل جميع الثمرة ذكر القاضى فيه احتمالين احدهما نعم لأن يده تثبت على السكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور وبالسكل على الاحتمال المذكور والثانى لانه لم يكن قابضا على الحقيقة وانما كان مراعىا حافظا ويشهد لهذا ما قاله ابن حامد فيما اذا اختلف المساقى والمالك فى قدر الشروط للعامل من الثمر واقاما بينتين انه تقدم بينة العامل لانه خارج والمالك هو الداخل لا اتصال الثمر بماكه ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدا وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمّن به ذلك لعدم ثبوت يده عليه وذكر بعض اصحابنا انه محل وفاق . الحالة الثانية ان يتلف الثمر قبل القسمة اما على الشجر او بعد جده ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع احتمالان وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت الى ان يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذى عليه أم لا والاظهر أن لا لأن الضمان عندنا لا ينتقل فى الثمر المعلق على شجرة بالتخلية الا أن يقال يده هاهنا على الثمر حصلت تبعا لثبوت يده على الشجر فيقال فى ثبوت يده على الشجر [هاهنا] تردد ذكرناه آنفا حتى لو تلف بعض الشجر ففى تضمينه للعامل الاحتمالان صرح به فى التلخيص ايضا ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر فى ضمانها تبعا لشجره قال ابن عقيل فى فنونه لا يدخل والمذهب دخوله تبعا لانقطاع علق البائع عنه من السقى وغيره وبكل حال فيتوجه ان يضمّن العامل الثمر التالف بعد جداده واستحفاظه بخلاف ما على

الشجر (اليد التاسعة) القابضة تملك لا بعوض اما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية او للمنفعة كالموصى له بالمنافع فالمشهور أنها ترجع بما ضمنته بكل حال لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مفرورة الا ما حصل لها به نفع ففى رجوعها بضمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر انها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه وذكر القاضى وابن عقيل رواية انها لا ترجع بما ضمنته بحال وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلفت تحت يده وان كان امينا كما سبق ثم اختلف الاصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة احداً ان محلها اذا لم يقل الغاصب هذا ملكى او ما يدل عليه فان قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعترافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض روى طريقة المغنى والثانية ان ضمن المالك القابض ابتداء ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقا وان ضمن الغاصب ابتداء فان كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة ولو قلنا ان ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه لانه باقراره بالملك معترف بان المستحق ظالم له بالتغريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه وهى طريقة القاضى. والثالث الخلاف فى الكل من غير تفصيل وهى طريقة أبى الخطاب وغيره (اليد العاشرة) المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذبح للحيوان والطابع له فلا قرار عليها بحال وانما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله القاضى وابن عقيل والاصحاب ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيما تلفته كما ودع اذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للاتلاف ويتخرج وجه آخر لا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل فى غير ملكه بئر اوقع فيها انسان فقال الحافر ظننت أنها فى ملكه فلا شيء عليه وبذلك جزم القاضى وابن عقيل فى كتاب الجنائيات مع اشتراك الحافر والآمر فى التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال وههنا أولى لاشتراكها فى ثبوت اليد واو أنلفته على وجه محرم شرعا عامة بتحريمه كالقاتلة للعبد المغضوب والمحركة للمال باذن الغاصب ففى التاخييص يستقر عليها الضمان لأنها عامة بتحريمه فهى كالعامة بانه مال الغير ورجع الحارثى دخولها فى قسم المفروور لأنها غير عامة بالضمان فتغير الغاصب لها حاصل والله أعلم

(القاعدة الرابعة والتسعون)

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثانى ان كان الأول امينا والا فلا، وان لم يك اقباضه جائزا فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن

غير الأول ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) مودع المودع فان كان حيث يجوز الايداع فلا ضمان على واحد منهما ، وان كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فان كان حيث يجوز الايجار بان كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان والا فلا يثبت (١) الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للدالك والأول وكيل في العقد لاشئ له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما ، على وجهين جزم به القاضي في المجرد بالأول ثم اختار الثاني فيما اذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللدالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول ان لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج ان لا يضمن الثاني بحال وان علم بالحال فهل هو كالتغاصب لأجرة له أو كالمضارب المتعدى له أجرة المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماهما صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فان قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فاذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المعير له ولم يرجع على الأول لاتفاء التغيرير وان قلنا بالمنع وهو المشهور فللدالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التلف في يده ان كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فانه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره ، كذا قال الأصحاب . ويتخرج وجه آخر انه لا يضمن الثاني اذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامنا (ومنها) المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع اذا تلف المبيع في يده فللموكل تضمين القيمة من شاء منها من الوكيل والمشتري على المشهور ، ثم إن ضمن الوكيل رجوع على المشتري لتلفه في يده

﴿ القاعدة الخامسة والتسعون ﴾

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فان كان مستندا الى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب (١) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ ولكن الذي ٧١١ والاثبت الضمان .

وان كان مستند الى اجتهاد مجرد كمن دفع مالا تحت يده الى من يظن أنه مالكة أو أنه يجب الدفع اليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه اخراجه لحق الله الى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطأ ففى ضمانه قولان وان تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فان تعلق به حكم فنقص فالضمان على المتلف والا فلا ضمان ويندرج تحت هذه الجملة مسائل: (منها) أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حيا فنقص [أحمد] في رواية الميموني أنها يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضى يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتقريرهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ الى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر العجلي عن أحمد في حاكم رجم رجلا بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه محبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينه هنا لتفريطه اذ الم محبوب لا يخفى أمره غالبا نتركه الفحص عن حاله تفريط (ومنها) لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فان الضمان يختص بهم لا عتافهم ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشيء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فانه لا يقبل اقراره على الاول ويضمن الثاني (ومنها) أن يحكم الحاكم بمال ويستوفى ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فان حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب في انتصاره . وأما في الظاهر فهو نافذ وهل يجب نقضه ؟ المذهب وجوبه وهو قول الخرقى والقاضى كتبين انتفاء شرط الحكم فلم يصادف محلا ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لا تلافيه له مباشرة قال القاضى ولو كان المحكوم له معسرا فلا يستحق مطالبة الامام بقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال ولو حكم لأدمى بالتلاف نفس أو طرف فطريقان أحدهما هو كالمال لأن المستوفى هو المحكوم له والامام يمكن لا غير وهى طريقة المحرر . والثاني يضمه الحاكم صرح به القاضى في المجرد وهو وفق اطلاق الأكثرين لأن المحكوم له لم يقبض شيئا فنسب الفعل الى خطأ الامام كما لو كان المستوفى حقا لله تعالى عز وجل فان ضمانه على الامام وحكى القاضى وغيره رواية أخرى أنه لا ينقض الحكم اذا بان الشهود فساقا ويضمن الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة وهذا ضعيف جدا، ولا أصل لذلك في كلام أحمد وإنما أخذوه من رواية الميموني في المسئلة الأولى وتلك لا فسق فيها لجواز عقله الشهود وإنما ضمنوا لتبين بطلان شهادتهم بالبيان فهو أعظم من الرجوع ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عيانا ولا يصح الحاق

الفسق في الضمان بالرجوع لأن الراجعين اعترفوا ببطلان شهادتهم وتسليمهم الى اتزاع مال المعصوم وقولهم غير مقبول على نقض الحكم فتعين تغريمهم ، وليس ههنا اعتراف يبنى عليه التغريم فلا وجه له فالصواب الجزم بانه لا ضمان على أحد على القول بان الحكم لا ينقض كما جزم به في المحرر (ومنها) اذا وصى الى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يتبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة ففى ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما ان قلنا لم ينتقل الى الورثة ولهذا قال أحمد في رواية ابن منصور في التركة هي للغرماء لا للورثة ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان، وخرج الشيخ تقي الدين على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية في مال ثم تبين أنه مستحق (ومنها) لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له صرفه الوصى أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق ما فرقه على روايتين : قال ابن أبي موسى أظهرهما لا ضمان عليه وقال أبو بكر في الشافى ان فعله الوصى باذن الحاكم لم يضمن وان فعله بدون اذنه ضمن (ومنها) لو اشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فانهم يضمنون للغرماء ذكره القاضى وابن عقيل ويتخرج فيه وجه آخر بانتفاء الضمان من مسئلة الوصى (ومنها) لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير اذنه صح وعق عليه وهل يضمنه العامل فيه ثلاثة أوجه : أحدها يضمن بكل حال سواء كان عالماً بالحال أو جاهلاً قاله القاضى في المجرد وأبو الخطاب ، والثانى ان كان جاهلاً لم يضمن وان كان عالماً ضمن كما لو عامل فاسقاً أو ماطلاً أو سافر سراً مخوفاً أو دفع الوصى أو أمين الحاكم مال اليتيم مضاربة الى من ظاهره العدالة فبان بخلافه فانه لا ضمان فى ذلك كله الا مع العلم وهو قول أبى بكر فى التنبية والقاضى فى خلافه ، والثالث لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر على الضمان هل يضمنه بالثمن المشتري أو بقيمة المثل ويكون شريكاً فى الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر (ومنها) اذا دفع القصار ثوب رجل الى غيره خطأ فتصرف فيه المدفوع اليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه فتقل حبل عن أحمد فى قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم أنه ثوبه قال على القصار اذا أبدل قيل له فان كان مالا فأنفقته قال ليس هذا مثل المال على الذى أنفقته لانه مال تلف ففرق بين المال اذا أنفق وتلف وبين الثوب اذا قطع لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار لجنايته خطأ . وظاهر كلامه أن لا شيء على القاطع لأنه مغرور ولم يدخل على [الضمان] . اما ان دفع اليه دراهم غيره يظنه صاحبها فأنفقها فالضمان على المنفق وان كان مغروراً لتلف المال تحت يده بانتفاعه به وذلك مقرر

للضمان مع اليد على (١) احدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن احمد في هذه المسئلة أنه ذكر له قول مالك لا يغرم الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب فقال لا يعجبني ما قال ولكن إذا هو لم يعلم فلبسه فان عليه ما نقص ليس على القصار شيء فوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يتعمد الجناية فكان إحالة الضمان على المستوفى للنفع أولا وهذه الرواية توافقها قبلها في تقرير الضمان على المنتفع لاسيما والدافع هنا معذور وانما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته اليه ، فالروايتان اذا متفقتان ومن الاصحاب من جعلهما مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع اليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيرا مشتركا فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيرا خاصا فلا يضمن جنايته مالم يتعمدها وأشار القاضي الى ذلك في المجرد (ومنها) لودفع الملتقط اللقطة الى واصفها ثم أقام غيره البينة أنها له فان كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وان كان بدونه فوجهان : أحدهما لا ضمان لو جوب الدافع عليه فلا ينسب الى تفريط ، والثاني عليه الضمان وهو قول القاضي ، ثم يرجع به على الواصف الا أن يكون قد أقر له بالملك ، اما لو دفع الوديعة الى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الاصحاب يضمن لتفريطه. ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على الملتف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن احمد في مسئلة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباهه به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتهاده ذكره ابن عقيل في مفرداته. ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانا أنها اليمين فانه لا قود وسواء كان الجاني عاقلا أو مجنونا وفي وجوب الدية وجهان (ومنها) اومضى على المفقود من تجوز فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضي أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحمد في رواية الميموني وابن منصور وأبي داود عدم الضمان وهو الذى ذكره أبو بكر في التنبيه ووجهه أنه جازا قسما المال في الظاهر والتصرف فيه ، ولهذا يباح لزوجه أن تزوج واذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيها يملكه من مال وبضع موقوفا على تنفيذه واجازته مادام موجودا فاذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فان اجازته ورده انما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد في رواية أبي طالب على أنه اذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها ، ويشبه ذلك اللقطة اذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن ابى موسى رواية أخرى أنه لا يجب الضمان مع التلف وانما يجب

الرد مع بقاء العين (ومنها) او قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففى الرجوع عليها روايتان (ومنها) لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين (ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته الى من يظنه فقيرا فبان أنه غنى ففى وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لا ضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضى فى الأحكام السلطانية، وقال فى المجرد لا يضمن الامام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وان بان عبداً أو كافرا أو هاشميا ففيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل فى فتونه، وكذلك ذكر القاضى فى آخر الجامع الصغير الا أنه خرج الخلاف فى الضمان هنا على القول بعدمه فى المعنى وقيل لا يجزئه رواية واحدة لظهور التفريط فى الاجتهاد فان هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغنى وان بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجزئه قولاً واحداً كما لو بان انه عند نفسه والثانى هو لو بان غنيا والمنصوص هنا الاجزاء لأن المانع خشية المحاباة وهو منتف مع عدم العلم . قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفى والخمس والاموال الموصى بها والموقوفة اذا ظن المتصرف فيها أن الأخذ مستحق (١) فاختطأ

{ القاعدة السادسة والتسعون }

من وجب عليه أداء عين مال فاداه عنه غيره بغير إذنه هل تقع (٢) موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى هذا على قسمين : أحدهما ان تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فان كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب ديناً وان لم يكن له ولاية فان كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزى وان لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزى الا ان يميز المالك المتصرف فنقول بوقف عقود الفضولى على الاجازة ويتفرع على هذا مسائل :

(منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرى منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهراً فانه تجزى عنه ظاهراً وباطناً فى اصح الوجهين وهو ظاهر كلام احمد والخرقى لأن للامام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوقه . وقعه (ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبه أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقطت عنه (ومنها) ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزى كما يؤدى عنهما ما نثر الواجبات

(١) فى نسختنا أن الأخذ مستحقاً (٢) فى ٧١١ : على نفع

المالية من النفقات والغرامات (ومنها) اذا عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه أجزأت عن صاحبها ولم يضمن الذابح شيئا نص عليه لأنها متعينة للذبح مالم يبدلها وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوق موقعه ولا فرق عند الاكثرين بين ان تكون معينة ابتداء او عن واجب في الذمة و فرق صاحب التلخيص بين ماوجب في الذمة وغيره وقال المعينة عنها في الذمة يشترط لها نية المالك غيره بغير اذنه فتقال عند الذبح فلا يجزئ ذبح غيره لها بغير اذنه فيضمن (ومنها) لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فأطلقه القاضي والأكثر لا يضمن لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه في هذا الحال وفي المبسج للشيرازي أنه لا يضمن لأن ملكه لم يزل عنه وارسال الغير اتلاف يوجب الضمان فهو كقتله اللهم الا أن يكون المرسل حاكما او ولي صبي فلا ضمان للولاية وهذا كله بناء على قولنا يجب [عليه] ارساله والحاقه بالوحش وهو المنصوص ، أما ان قلنا يجوز له نقل يده الى غيره باعارة أو ايداع كما قاله القاضي في المجرد وابن عقيل في باب العارية فالضمان واجب بغير اشكال (ومنها) لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره فقيه وجهان : أحدهما لا ضمان عليه كالأضحية وهو اختيار أبي الخطاب في انتصاره سواء قيل يزوال ملكه أو امتناع الابدال كما [لو] اختاره أو بقاء (١) الملك وجواز الابدال اذ لا فرق بين الدراهم المنذورة وبين الاضحية [في ذلك] . الثاني الضمان وهو قول القاضي وابن عقيل ويشكل الفرق بينه وبين الاضحية [لا سيما والمنقول (٢) لا يتعين بالتعيين في العقود على احدى الروايتين بخلاف الحيوان وقد يقال في الفرق إن الاضحية انما يجوز ابدالها بخير منها والنقود متساوية غالبا فلا معنى لبدالها ، وقد أشار القاضي الى الفرق بان النذر يحتاج اخراجه الى نية كالزكاة وهذا ممنوع بل نقول في نذر الصدقة بالمعين مانقول في الاضحية المعينة . وأما اذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله بغير اذنه حيث لا ولاية له عليه فانه يضمن في المشهور لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المغتبرة منه ومن يقوم مقامه ، وخرج الأصحاب نفوذه بالاجازة من نفوذ تصرف الفضولي [بها] . وهذا الذي ذكرناه في العبادات كالزكاة والاضحية والنذر انما هو اذا نواه المخرج عن المالك فاما ان نوى عن نفسه وكان عالما بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه باداء الزكاة ولا بذبح الاضحية والهدى ولا غيرهما لأنه وقع من أصله تعديا وذلك ينافي التقرب وخرج بعض الأصحاب وجها ذكره بعضهم رواية في الزكاة وخرجه ابن أبي موسى وجها في العتق لكن اذا التزم ضمانه في ماله وهذا شبيه بتصرف الفضولي ، وهل يجزئ عن المالك في هذه الحال أم لا ، حكى

القاضي (١) في الاضحية روايتين والصواب أن الروايتين تنزل على اختلاف حالتين لاعلى اختلاف قولين فإن نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية الغير لم يجزى لغصبه واستيلائه على مال الغير واتلافه له عدوانا ، وإن كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباها عليها اجزأت عن المالك . وقد نص أحمد على الصورتين في رواية ابن القاسم وسندى مفرقا بينهما مصرحا بالتعليل المذكور وكذلك الخلال فرق بينهما وعقد لهما بابين منفردين فلا يصح التسوية بعد ذلك ، ومتى قيل بعدم الاجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة أما على رواية تحريم ذبيحة الغاصب فضمان القيمة متعين ، وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال ان كانت معينة عن واجب في الذمة فحكم هذا الذبح حكم عطبها وإذا عطبت فهل ترجع الى ملكه على روايتين فإن قيل يرجوعها الى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة وإن قيل لا يرجع الى ملكه فالذبح حينئذ بمنزلة اتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف الكل مصرف الاضحية وإن كانت معينة ابتداء أو تطوعا فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هديا لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب (٢) دون محله ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به ، ويحتمل أن يضمنه قيمتها وهو أظهر لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود اليه منها شيء فهو كاتلافها وأما إذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب لا يجزى لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقدا أنها أضحيته أنهما يترادان اللحم قالوا وإن تألف فعليه ضمان قيمته وأبدي ابن عقيل في فتونه احتمالا بالاجزاء لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل مالهو ذبحها فسرقت ، ويشهد له قول أحمد في رواية المروذي وغيره في رجل اشترى لقوم نسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه قال يتراضيان ويتحالان ولا بائس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فذل على أن التفريق إذا وقع من غير قصد ولا نعمداً أنه يجزى ولو لا ذلك لم تجز التضحية بهذه الاضحية المشبهة وقد يكون عن واجب في الذمة ويحمل قوله يترادان اللحم مع بقائه . القسم الثاني أن يكون الواجب أداؤه غير ملوك له فأداه الغير الى مستحقه فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزى ولا ضمان وإن لم يكن معيناً ففي الاجزاء خلاف ، ويندرج تحت ذلك مسائل .

(منها) المنصوب والودائع إذا أداها أجنبي الى المالك أجزأت ولا ضمان (ومنها) إذا

(١) في ٧١١ زيادة هي (وحكى القاضي بوقفه على الاجازة من القول بوقف تصرف الغاصب

وراء) (٢) في نسختنا : كالغاصب

اصطاد المحرم صيدا في احرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان (ومنها) [إذا] (١) دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر وان كانت لغیر معين ففي الضمان وجهان ونص احمد في رواية حنبل فيمن يده وديعة وصى بها المعين ان المودع يدفعها الى الموصى له والورثة قيل له فان دفعها الى الموصى له يضمن قال أخاف قيل له فيعطيه القاضي قال لا ولكن يدفعه اليهم ونص في رواية منها على ضمانه بالدفع الى الموصى وهذا محمول على أنه لم تثبت الوصية ظاهرا وصرح الاصحاح بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه معين كان مخيرا في دفعه الى الورثة والموصى له لانه صار حقا له فهو كالوارث المعين وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف الى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه (٢).

(القاعدة السابعة والتسعون)

من يده مال أو في ذمته دين يعرف مالكة ولكنه غائب يرجى قدومه فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم الا أن يكون نافيا فله الصدقة به عنه نص عليه في مواضع وان كان قد آيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج امرأته ويقسم ماله وليس له وارث فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان في امرأة المفقود هل تزوج بدون الحاكم أم لا في رواية صالح جواز التصديق به ولم يعين حاكما وان لم يعرف مالكة بل جهل جاز التصديق به عنه لشرط الضمان بدون إذن الحاكم قولاً واحداً على أصح الطريقين وعلى الثانية فيه روايتان وهى طريقة القاضي في كتاب الروايتين وفي موضع من المجرد وجزم في موضع آخر منه بتوقف التصرف على إذن الحاكم والاولى أصح ويتخرج على هذه القاعدة مسائل . (منها) اللقطة التي لا تملك اذا أخرنا (٣) الصدقة بها والتي يخشى فسادها اذا أراد التصديق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه ان كان يسيرا باعه وتصدق به وان كان كثيراً رفعه الى السلطان وقال (٤) نقلمها منها ورواية منها انما هي فيمن باع من رجل شيئا ثم مات المشتري قبل قبضه وخشى البائع فسادها وهذا مما له مالك معروف ويمكن الاطلاع على معرفة ورثته فليست المسئلة به على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله (ومنها) اللقيط اذا وجد معه مال فانه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حاتم قال أبو الخطاب وروى عنه أبو الحارث ما يدل

(١) زيادة من المصحح (٢) ما بين المربعين في هذه القاعدة زيادة في ٧١١

(٣) في نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

على أنه لا ينفق عليه إلا باذن حاكم قال الشيخ مجد الدين وهذه الرواية انما هي في المودع أنه لا ينفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا باذن الحاكم وليس هذا نظير مسئلتنا لأن الولاية هنا على معروف فنظيره من وجد طفلا معروف النسب أبوه غائب (ومنها) الرهون التي لا تعرف أهلها نص أحمد على جواز الصدقة بها في رواية أبي طالب وأبي الحارث وغيرهما وتأوله القاضي في المجرد وابن عقيل على أنه تعذر اذن الحاكم لما روى عنه أبو طالب أيضا إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فسادَه يأتي السلطان ليأمر ببيعه ولا يبيعه بغير اذن السلطان وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره وأقروا النصوص على وجوبها فإن كان المالك معروفا لكنه غائب رفع أمره إلى السلطان وإن جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم وإن علم صاحبه لكنه ليس منه تصدق به عنه نص عليه في رواية أبي الحارث (ومنها) الودائع التي جهل مالكيها يجوز التصرف بها بدون حاكم نص عليه وكذلك أن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق (١) به نص عليه ولم يعتبر حاكما قال القاضي في المجرد فيحتمل أن يحمل على اطلاقه لأنه من فعل المعروف ويحتمل أن يحمل عند تعذر اذن الحاكم لأن هذا المال مصرفه إلى بيت المال وتفرقة مال بيت المال موكولة إلى اجتهاد الإمام انتهى والصحيح الاطلاق وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور وإنما يحفظ فيه المال الضائع فإذا أيس من وجود صاحبه فلا معنى للحفظ ومقصود الصرف في مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه وهو أولى من الصرف إلى بيت المال لأنه ربما صرف عن فساد بيت المال إلى غير مصرفه وأيضا فالفقراء مستحقون من مال بيت المال فإذا وصل لهم هذا المال على غير يد الإمام فقد حصل المقصود ، ولهذا قلنا على أحد الوجهين إذا فرق الاجنبي الوصية وكانت لغير معين كالفقراء فإنها تقع الموقع ، ولا يضمن كما لو كانت الوصية لمعين ، وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء الصدقة من يد من ماله حرام كقطاع الطريق وأفتى القاضي بجوازه ونص أحمد في رواية صالح (٢) فيمن كانت عنده ودائع فوكل في دفعها ثم مات وجعل رباها وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل وورثة الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان وهم ضامنون إذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة في موضع المالك مع الجهل به ، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية (يعني إذا جهل القاتل) ووجه الحجة منه أن الغرم لما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني لأن الظاهر أن الجاني أو عاقلته المختصين بالغرم لا يخلو المكان [منهم] فكذلك الصدقة بالمال

(١) في نسختنا ويتصدق به والتصحيح عن نسختي الدار (٢) في ٧١١ ابن صالح

المجهول مالكة ينبغي أن يختص باهل مكانه لانه أقرب الى وصول المال اليه ان كان موجودا أو الى ورثته ويراعى في ذلك الفقراء لانها صدقة كما يراعى في موضع الديه الغنى (ومنها) الغصب التي جهل ربها فيتصدق بها أيضا وقد نص على ذلك في رواية جماعة ولم يذكرها كثرة الأصحاب فيه خلافا وطرده القاضى في كتاب الروايتين فيه الخلاف بناء على أنه مستحق لبيت المال وكذلك حكم المسروق ونحوه نص عليه ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فكذلك يتصدق به نصر عليه أحمد أيضا تنبيهان أحدهما الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نص عليه ومع أنه نص على أن من قال لغريمه تصدق عني بالدين الذى لى عليك لم يبرأ بالصدقة عنه ولو وكله في قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكا له فان الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله وفرق القاضى في خلافه بين أن يكون المأمور بالدفع اليه معينا أو غير معين فان كان معينا برى بالدفع اليه كالموكل وخرج في المجرد المسئلة على بيع الوكيل من نفسه نظرا الى أن العلة هي القبض من نفسه حيث وكله المالك في التعيين والقبض ، وقد أطلق هاهنا جواز الصدقة به ، فاما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقا أو محمولا على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله وهو الأقرب ، وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لرجل قد مات وعليه ديون للناس ف قضى عنه دينه بالدين الذى عليه أنه يبرأ به في الباطن .

والثانى اذا أراد من يسيده عين جهل ربها أن يملكها ويتصدق بقيمتها عن مالكة فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجرا وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أربابا أرجو أن يخرج قيمة الآجر فيتصدق به أن ينجو من أثمه ، وقد يتخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه هل له أن يستوفى دينه منه ويتصدق بالفاضل أم يتصدق به كله على روايتين لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده واختار ابن عقيل جوازه مطلقا وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع آخر .

﴿ القاعدة الثامنة والتسعون ﴾

من ادعى شيئا ووصفه دفع اليه بالصفة اذا جهل ربه ولم يثبت عليه يد من جهة مالكة والا فلا . ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اللقطة يجب دفعها الى واصفها نص عليه وان وصفها اثنان فهي لها وقيل يقرع بينهما ، وان

استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذي يجزىء الدفع فوجهان يخرجان من الترجيح بالفساخ (١) والتأج ذكره ابن عقيل في مفرداته (ومنها) الاموال المفصورة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة (ومنها) تداعى المؤجر والمستأجر دفنا (٢) في الدار فهو لو اصفه منهما نص عليه في رواية الفضل بن زياد (ومنها) اللقيط اذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس في يد أحدهما فن وصفه منهما فهو أحق به (ومنها) لو وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة فانه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وسئل أتريد على ذلك بينة قال لا بد من بيان يدل على أنه له وان علم ذلك دفعه اليه الأمير انتهى وقد قضى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فيها بالعلامة المحضة .

﴿ القاعدة التاسعة والتسعون ﴾

ماتدعو الحاجة الى الاتفاع به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج اليها يجب بذله مجانا بغير عوض في الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

(منها) الهر لا يجوز بيعه على أصح الروايتين وثبت في صحيح مسلم النهى عنه ومأخذ المنع ما ذكرنا (ومنها) الماء الجاري والكلاء يجب بذل الفاضل منه للمحتاج الى الشرب واسقاء بهائمهم وكذلك زروعه على الصحيح أيضا وسواء قلنا يملكه من هو في أرضه أم لا والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض فان النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه المباحات الثابتة في الأرض ويشهد له أيضا مانص عليه أحمد في رواية ابن منصور في اللقاط لأرى لصاحب الأرض أن يمنعه (٣) الناس فيه سواء مع أنه مملوكة بلا اشكال ولا يقال زال ملكه عنه بمصيره منبوذا مرغوبا عنه لان المنع والبيع يناهض ذلك (ومنها) وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر وكذلك اجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين (ومنها) اعارة الحلبي ظاهر كلام أحمد وجماعة من الاصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ما خفف قدره وسهل كالدلو والفأس والقدر والمنخل واعارة الفحل للضراب وهو اختيار الحارثي واليه ميل الشيخ تقي الدين (ومنها) المصحف تجب عليه اعارته لمن احتاج الى القراءة فيه ولم يجد مصحفا غيره نقله القاضي في الجامع الكبير وذكر ابن عقيل في كلام مفرد له أن الاصحاب عللوا قولهم لا يقطع

(١) كذا في نسختنا وفي نسختي الدار بالنساخت (٢) في الأصل دفنا والتصحيح عن ٧١١

(٣) في ٧١١ ان يبيعه .

لسرقة المصحف فان له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع اذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضى التسوية بين سرقة كتب السنن فانها مضمنة من الأحكام امثال ذلك والحاجة داعية اليها وبذلها من المحاويع اليها من القضاة والحكام واهل الفتاوى واجب على مالكمها انتهى (ومنها) ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما اطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً بل بالعوض وأما المنافع المضطر اليها كمنفعة الظهر للمتقطعين في الاسفار واعارة ما يضطر اليه ففي وجوب بذلها مجاناً وجهان واختيار الشيخ تقي الدين أن المضطر الى الطعام ان كان فقيراً وجب بذله له مجاناً لأن اطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى فان الواجب معاوضته فقط وهذا حسن وحكى الآمدى رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذي أخذه من صاحبه قهراً لمنعه إياه (ومنها) رباع مكة لا يجوز بيعها ولا اجارتها على المذهب المنصوص واختلف في مأخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفاً أو فيثاً فلا ملك فيها لاحد وعلى هذا فينبى الخلاف في البيع والاجارة على الخلاف في فتحها عنوة أو صلحاً، وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيرها بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً لعموم الحاجة اليه فمن احتاج الى ما يده منه سكنه وان استغنى عنه وجب بذل فاضله للبحاج اليه وهو مسلك ابن عقيل في نظرياته وسلكه القاضى في خلافه أيضاً واختاره الشيخ تقي الدين وتردد كلامه في جواز البيع فاجازه مرة كبيع أرض العنوة عنده ويكون نقلاً لليد بعوض ومنعه في أخرى إذ الأرض وابعاض البناء من الحرم غير مملوك للبانى وانما له التأليف وقد رجح به بتقديمه في الاتفايع كمن بنى في أرض مسيلة للسكنى بناء من ترابها وأحجارها ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جواز البيع دون الاجارة وتأوله القاضى وعلى هذا المأخذ فقد يختص البيع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيثاً وقد نص أحمد في رواية حنبل على أن علة الكراهة انها فتحت عنوة فصار المسلمون فيها شركاً واحداً قال وعمر انما ترك السواد لذلك قال ولا يعجنى منازل السواد ولا أرضهم وهذا نص بكراهة المنع فى سائر أراضى العنوة وبكل حال فلا يجب الاسكان فى دور مكة إلا فى الفاضل عن حاجة الساكن نص عليه

(القاعدة المائة)

الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشروع أو بالمندوب فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة :

(منها) الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز (ومنها) فعل الصلاة المندورة في وقت النهى وفيه وجهان أشهرهما الجواز (ومنها) نذر أيام التشريق والصلاة في وقت النهى وفيه وجهان أيضا واختار ابن عقيل أنه كندر المعصية لأن الملزم بالنذر هو التطوع المطلق (ومنها) لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة أم لا بد من ركعتين على روايتين (ومنها) لو نذر عتق رقبة لم يجزئه الا سليمة ذكره القاضي حملا له على واجب الشرع ويحتمل أن يجزئه ما يقع عليه الاسم كالوصية فان القاضي سلمها مع أن المنصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لا يعتق عليه الا سليمة

(القاعدة الحادية بعد المائة)

من خير بين شيئين وأمكنه الاتيان بنصفيهما معا فهل يجزئه أم لا؟ فيه خلاف يتنزل عليه مسائل (منها) لو أعتق في الكفارة نصفى رقتين وفيها وجهان وقيل ان كان باقيهما حرا أجزأ وجهها واحدا لتكميل الحرية ، وخرجوا على الوجهين لو أخرج في الزكاة نصفى شاتين وزاد صاحب التلخيص لو أهدى نصفى شاتين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللحم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة . وقد روى عن أحمد ما يدل على الاجزاء هاهنا (ومنها) لو أخرج الجبران (١) في زكاة الابل شاة وعشرة دراهم فهل يجزئه على وجهين (ومنها) لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فانه يجزئ على المشهور وفيه وجه مذكور في شرح الهداية في زكاة الفطر (ومنها) لو أخرج في الفطرة صاعان جنسين والمذهب الاجزاء ويتخرج فيه وجه (ومنها) لو كفر في محظورات الحج بصيام يوم واطعام أربعة مساكين فالأظهر منعه ، وفي أحكام القرآن للقاضي يحتمل الجواز لأنها على التخيير بخلاف كفارة اليمين. وعلى قياس هذا لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة واطعم أربعة مساكين وكسى أربعة انه يجزئه وفيه بعد (ومنها) لو أخرج عن أربعمائة من الابل أربع حقائق وخمس بنات لبون أجزأ بغير خلاف عندنا لأنه عمل بمقتضى قوله في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ولان هذه واجبات متعددة فهي ككفارات متعددة فان أخرج بتشقيص كما لو أخرج عن مائتين حقتين وبنى لبون ونصفا فهو كإخراج نصفى شاتين على ما سبق

(القاعدة الثانية بعد المائة)

من أتى بسبب يفيد الملك او الجمل او يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس اليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه احكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

(١) الجبران : اسم لجبر نصاب الزكاة من جبرته بكذا عادلته

(منها) الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجها عن ملكه تجب عليه الزكاة ولو صرف أكثر أمواله في ملك مالا زكاة فيه كالعقار والحلي فهل ينزل منزلة الفار على وجهين ؟ (ومنها) المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه إلا أن تنفث التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان (ومنها) القاتل لموروثه لا يرثه، وسواء كان متهما أو غير متهم عند أكثر الأصحاب وحكى ابن عقيل في مفرداته وعمد الأدلة وجهها أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يتمتع الإرث قال وهو أصح عندى (ومنها) قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين (ومنها) السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عاينه في المشهور من المذهب بخلاف من سكر بينج ونحوه (ومنها) لو أزال (١) عقله بأن ضرب رأسه فجرح فإنه لا يقع طلاقه على المنصوص لأن ذلك مما لا تدعو النفوس إليه بل في الطبع وازع عنه، وكذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذا جن في هذه الحالة على الصحيح (ومنها) تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح (ومنها) ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالسكينة وذبح المحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبوح له وفي حله لغيره من المحرمين وجهان، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق لأن ذبحهما لا يترتب عليه الإباحة لهما فإنه باق على ملك المالك ولا إباحة بدون إذنه منع أن أبا بكر التزم تحريره مطلقا وحكاه رواية ويلتحق بهذه القاعدة

﴿قاعدة﴾ من تعجل حقه أو ما أبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه ويدخل فيها من مسائل : الأولى مسألة قتل الموروث والموصى له (ومنها) الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين (ومنها) من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأيد على رواية (ومنها) من تزوجت بعبدها فإنه يحرم عليها على التأيد كما روى عن عمر رضي الله عنه نص عليه أحمد في رواية عبد الله ذكره الخلال في أحكام العبيد عن الخضر بن المثنى السكندی عنه . والخضر هذا مجهول تفرد عن عبد الله برواية المناكير التي لا يتابع عليها (ومنها) من اصطاد صيدا قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له وإن تحلل حتى يرسله ويطلقه، وأما إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طرده للقاعدة

﴿القاعدة الثالثة بعد المائة﴾

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد ولا ينقطع بالتفرق اليسير ولذلك صور : (منها) مكاثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين

(١) في ٧١١ بدون « ومنها » وقد اكتفى بكلمة أو

دفعه واحدة (ومنها) الوضوء إذا اعتبر حالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير ، وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر إذا أقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبنى بعضه على بعض وإن زاد لم ين (ومنها) إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال ثم عاد إلى الاستخراج ضم الأول إلى الثاني في النصاب (ومنها) الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة ينبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على أشهر الطريقين للأصحاب (ومنها) لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومى هذا فأكل متواصلاً لم يحنث وإن تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة ولو طال زمن الأكل وإن قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث ذكره القاضي في خلافه في القطع في السرقة والآمدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فإن الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفي الترغيب أنه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك ولكن لمنصوص الحنث بالتقاء الحثانين، وقد ذكر القاضي وجهاً أنه لاحق على من أكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث بآتمامه إلى الانزال (ومنها) لو أخرج السارق من الخرز بعض النصاب ثم دخل وأخرج ما فيه وكل منهما بانفراذه لا يبايع نصاباً فإن لم يطل الفصل بينهما قطع وإن طال ففيه وجهان ذكرهما القاضي في خلافه وصاحب المحرر عنه في الترغيب وقال اختار به شيوخى أنه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره ثم عاد إليه قبل طول الفصل فهي رضعة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الآمدى أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل فهي رضعة واحدة قال ولو انتقل من ثدى إلى آخر ولم يطل الفصل فإن كان من امرأة واحدة فهي رضعة واحدة وإن كان من امرأتين فوجهان، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور إلا في صورة المرأتين وذكر أنها ظاهر كلام الخرقى وحكى عن أبي بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وأنه ظاهر كلام أحمد والله أعلم

﴿القاعدة الرابعة بعد المائة﴾

الرضا بالمجهول قدراً أو جنساً أو وصفاً هل هو رضا معتبر لازم؟ إن كان الملتزم عقداً أو فسخا يصح إبهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وإن كان غير ذلك ففيه خلاف ، فالأول له صور :

(منها) ان يحرم منها بمثل ما احرم به فلان أو باحد الانساك فيصح (ومنها) اذا طلق احدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب (ومنها) لو اعتق احد عبده فيصح ويعين بالقرعة ايضا على الصحيح، وأما الثاني فله صور :

(منها) اذا طلق بلفظ اعجمى من لا يفهم معناه والتزم موجهه عند اهله ففى لزوم الطلاق له وجهان ، والمنصوص فى رواية أبى الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضى وابن عقيل والأكثرين (ومنها) اذا طلق العجمى بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه ولكنه التزم موجهه عند العرب فيه الخلاف (ومنها) اذا عتق العجمى أو العربى بغير لغته ولم يفهم معناه ففيه الخلاف ونص أحمد من رواية عبد الله أنه لا يلزم العتق (ومنها) اذا قال لامرأته أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته ولم يعلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أو لا يلزمه أكثر من واحدة فيه وجهان (ومنها) اذا قال أيمان البيعة تلزمنى لأفعلن كذا ولم يعلم ماهى فيه . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها لا تنعقد يمينه بالكلية : والثانى تنعقد اذا لزمها ونواها وبه أفتى أبو القاسم الخرقى فيما حكي عنه ابن بطة قال أبو القاسم وكان أبى يتوقف فيها ولا يجيب فيها بشئ : والثالث ينعقد فيما عدا اليمين بالله بشرط النية بناء على أن اليمين بالله لا تصح بالكتابة (١) وفيه وجه رابع وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه أنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وصرح به أيضا فى بعض تعاليقه وقال لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة (٢) بالخط وان لم ينوه (ومنها) لو قال أيمان المسلمين تلزمنى ففى الخلاف للقاضى يلزمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر نوى ذلك أو لم ينوه وهو مفرع على قوله فى أيمان البيعة قال الشيخ مجد الدين وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبنى على قولنا بعدم تداخل كفاراتهما فاما على قولنا بالتداخل فيجزئه لها كفارة اليمين وقياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة أنه لا يلزمه شئ حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شئ بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها مع أن صاحب المحرر لم يحك خلافا على اللزوم هاهنا وان لم ينوها لان ايمان المسلمين معروفة بينهم ولا سيما اليمين بالله وبالطلاق والعتاق بخلاف ايمان البيعة (ومنها) البرائة من المجهول وأشهر الروايات صحتها مطلقا سواء جهل المبرى قدره ووصفه أو جهلها معا سواء عرفه المبرى أو لم يعرفه والثانية لا يصح اذا عرفه المبرى سواء علم المبرى بمعرفته أو لم يعلم وفيه تخريج أنه ان علم معرفته صح وان ظن جهله لم يصح لأنه غار له والثالثة لا يصح البرائة من المجهول وان جهلاه الا فيما تعذر عليه للضرورة وكذلك البرائة من الحقوق

في الاعراض والمظالم (ومنها) البراءة من عيوب المبيع اذا لم يعين منها شئ، وفيه روايتان . اشهرها انه لا يبرأ : والثانية يبرأ إلا من عيب علمه فكتمه لتغريه وغشه ، وخرج ابو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقاً من البراءة من المجهول (ومنها) اجازة الوصية المجهولة وفي صحتها وجهان .

﴿ القاعدة الخامسة بعد المائة ﴾

في اضافة الانشاءات والاختبارات الى المبهمات : اما الانشاءات فمنها العقود وهي انواع . احدها عقود التمليكات المحضة كالباع والصالح بمعناه وعقود التوثقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالمقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة . فلا يصح في مبهم من اعيان متفاوتة كمبد من عبيد وشاة من قطيع وكفالة احد هذين الرجلين وضمان احد هذين الدينين وفي الكفالة احتمال لانه تبرع فهو كالاغارة والاباحة ويصح في مبهم من اعيان متساوية محتاطة كقفيز صبرة فان كانت متميزة متفرقة ففيه احتمالان ذكرهما في التاخيص ، وظاهر كلام القاضى الصحة فانه ذكر في الخلاف أنه يصح اجارة عين من اعيان متقاربة النفع لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان وان كانت مختلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الاجزاء فوجهان . احدهما البطلان كالأعيان المتميزة . والثاني الصحة وله من كل نوع بخصته .

والثاني عقود معاوضات غير متمحضة كالصداق وعوض الخلع والصالح عن دم العمد ففى صحتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفي الكناية طريقان . احدهما انها كذلك وهي طريقة القاضى : والثاني لا تصح وجهاً واحداً لأن عوضها مال محض .

والثالث عقد تبرع معاق بالموت فيصح في المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع كمبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعيين الورثة أو بالقرعة على روايتين . ومثله عقود التبرعات كأغارة احد هذين الثوبين واباحة احد هذين الرغيفين ، وكذلك عقود المشاركات والامانات المحضة مثل أن يقول ضارب باحدى هاتين المائتين وهما في كيسين ودع عنك الاخرى [عندك] ودیعة أو ضارب من هاتين المائتين بخمسين فانه يصح التماثل ذكره صاحب التاخيص . فاما ان كان الابهام في التملك فان كان على وجه يؤول الى العلم كقوله أعطوا احد هذين كذا صحت الوصية كما لو قال في الجملة من رد عبدى فله كذا . وان كان على وجه لا يؤول الى العلم كالوصية لاحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة : وأما الفسوخ فما وضع منها على التغليب والسراية صح في المبهم كالطلاق والعناق، وخرج صاحب التاخيص وجهاً في الوتف انه كالتفق لما فيه من التحرير والمذهب خلافة لأن الوقف عقد (٣٠ - قواعد)

تمليك فهو بالهبة أشبه: وأما الاخبارات فما كان منها خبرا دينيا أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم، فان تعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل الا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه فقيه خلاف. وان تعلق به وجوب الحق على غيره لغيره فحكمه حكم اخبار من وجب عليه الحق ويخرج على ذلك مسائل: (منها) لو أخبره ان كلبا وان في أحد هذين الاناثين لا بعينه قبل وصار كمن أشتبه عليه طاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مذكاة ونحو ذلك (ومنها) الاقرار فيصح المبهم ويلزم بتعيينه مثل أن يقول احد هذين مالك لفلان، أو له عندى درهم او دينار. ويصح للبهيم كما لو اقر انه اعتق احد هذين العبدين، أو اعتقه موروته وكذلك اذا اقر انه زوج احدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات فانها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذلك لو اقر أن هذه العين التي في يده لاحد هذين وديعة ولا أعلمه عينا فانها يقرعان عليها نص عليه، وكذا لو اقر أنه باع هذه العين من أحد هذين وهما يدعيانها فانها يقرعان ولو كانت في يد أحدهما. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشترى من رجل ثوبا وقال أحدهما اشتريته بمائة وقال الآخر بمائتين وأقر البائع انه باعه بمائتين ولم يعين، فانه يقرع بينهما وان أقاما بينتين وكان الثوب في يد أحدهما، وهذا اختيار أبي بكر ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمسندها. وعنه رواية أخرى أنها يد معتبرة فتكون العين لصاحبها ومع تعارض البيتين يخرج على الخلاف في بيئته الداخل والخارج (ومنها) الدعوى بالمبهم فان كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهما كالوصية والعبد المطلق في المبهم (١) ونحوه فانها تصح قال في الترغيب وألحق أصحابنا الاقرار بذلك قال والصحيح عندى أن دعوى الاقرار بالمعلوم (٢) لا يصح لانه ليس بالحق ولا موجب فكيف بالمجهول. وأما الدعوى على المبهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها. فلو قال قتل أبي أحدهم ولا الخسة لم يسمع. قال في الترغيب ويحتمل أن يسمع للحاجة فان مثله يقع كثيرا وبخلاف كل واحد منهم قال وكذلك يجرى في دعوى الغصب والاتلاف والمرقة ولا يجرى في الاقرار والبيع اذا قال نسيت لانه مقصر (ومنها) الشهادة بالمبهم فان كان المشهود به [يصح] مبهما صححت الشهادة به كاعتق والطلاق والاقرار والوصية والا لم يصح لاسيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى فانها تابعة للدعوى في الحكم إما ان شهدت البيئته انه طاق أو اعتق أو ابطال وصية معينة وادعت نسيان عينها ففى القبول وجهان حكاهما في المحرر وجزم ابن ابى موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن احد الوصيتين مطلقا وكذلك حكى عن ابى بكر ونقل ابن منصور عن احمد في شاهدين شهدا على رجل

(١) في نسختى الدار. المطلق في الرهن. (٢) كذا فيهما وفي نسختنا. بالمعدوم.

انه اخذ من يتيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذى اخذها يأخذ الولي بأيهما شاء ولعل المراد انه اذا صدق احدى البيتين حكم له بها.

«فصل» ولو تعلق الانشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشركة فيه فان لم ينوه في الباطن معينا فهو كال تصريح بالابهام وان نوى به معينا فان كان العقد عمالا يشترط له الشهادة صح والا ففيه خلاف والاخبار تابع للانشاء في ذلك ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز بمسماه لا يصح. فلو قال زوجتك بنتى وله بنات لم يصح واما ان عينافى الباطن واحدة وعقد العقد عليها باسم غير مميز نحو أن يقول بنتى وله بنات أو يسميها باسم وينويافى الباطن غير مسماه ففي الصحة وجهان اختار القاضى فى موضع الصحة وابو الخطاب والقاضى فى موضع آخر البطلان ، وما أخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبى حفص العكبرى ان كانت المسماة غلطا لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك صح النكاح والا فلا ، فلو وقع مثل هذا فى غير النكاح عمالا يشترط له الشهادة فان قلنا فى النكاح يصح ففي غيره أولى، وان قلنا فى النكاح لا يصح فقتضى تعليل من علل باشتراط الشهادة أن يصح فى غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فله حالتان إحداهما أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدا منهما معينا وأشكل علينا معرفته فهنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب فى اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبيعة وغيرهما : والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين احدهما بعينه فهو كالوصية لأحدهما بهما ، وكذلك حكى الأصحاب فى الصحة روايتين ولكن المنصوص عن أحمد الصحة . قال صالح : سألت أبى عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حرو وفرج له مائة وفرج ليس له شئ . قال أبى : يقرع بينهم فمن أصابته القرعة فهو حرو واما صاحب المائة فلا شئ. له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما علل البطلان هنا لكونه عبدا فدل على انه لو كان حرا لاستحق ، وزعم صاحب المغنى ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر . ونقل حنبل قال ابو عبد الله : فى رجل له غلامان اسمهما واحد فوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتى لأحد الغلامين وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر واسمها واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شئ. وذلك انه عبد والعبد وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل ما دلت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضى ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للإبهاام وليس كذلك لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق وتأولها القاضي وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبداً حال الإيصال ولا يكفي حرية حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمذبر وهو ضعيف جداً . وجواب أحمد إنما يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق . ونقل يعقوب بن بختان أن أبا عبد الله مثل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر وفرج مائة درهم . قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذي أوصى له بالمائة لاشئ له لأن هذا ميراث ، وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها بطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة فهذه الروايات التي ساقها الخلال في الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضي . وساقها أبو بكر في الشافى على أن الموصى له بالدراهم هو المعتق وإن أحمد صحح الوصية له في رواية صالح وأبطلها في رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة أقول ، وفي الخلال أيضاً عن مهنا أن أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته لفلان بن فلان من أصحاب فلان ألف درهم أو أحاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ؟ قال : ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان ؟ قلت : فإن جاء رجلان فقال كل واحد منهما أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان . قال : فلا يدفع اليها شيئاً حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن أحمد لم يتوقف في الدفع إلا لتيقن المستحق من غيره لا لصحة الوصية فإنها ههنا لمعين في نفس وإنما اشتبه علينا لاشتراك الأسمين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجي انكشاف الحال وأما مع الإياس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الأصحاب المتقدمين وهو الحق .

(ومنها) اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضي بلد آخر أن لفلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب فادعى أن له مشاركا في ذلك ولم يثبت حكم عليه وإن ثبت أن له مشاركا في الاسم والصفة والنسب وقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يجز القضاء مع عدم العلم . أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيواناً أو عبداً موصوفاً ولم يثبت له مشارك ففيه وجهان أشهرهما أنه يسلم إلى المدعى مختوم العنق (١) ويؤخذ منه كفيل حتى يأتي القاضي الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضى له به ، وإن (٢) يشهدوا على عينه وجب رده إلى الحاكم الذي سلمه ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق . والوجه الثاني لا يسلم

(١) في الأصل محتوج العتق وفي نسخ الدار (مختوم العتق) (٢) كذا في الأصول ولعل

الصواب وإن لم يشهدوا الخ

الا بالشهادة على عينه . والفرق بينها وبين التي قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته فيبعد الاشتراك في ذلك والعبد والحسيوان إنما حصل الاتفاق في وصفه أو في وصفه واسمه والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم . ونظير هذا ما ذكره في شهادة الأعمى أنه ان عرف المشهود عليه باسمه ونسبه قبلت شهادته وان عرفه برؤيته قبل عماه فوصفه ففى قبولها وجهان لأن الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك (ومنها) لو كان له ابتتان اسمهما واحد فوهب لاحدهما شيئاً أو أقر لها ثم مات ولم يبين فقال القاضى فى بعض تعاليقه قياس المذهب اخراج المستحقة منها بالقرعة كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته ثم مات ولم يبين ، وهذا صحيح لأن الهبة والاقرار هنا وقع لمعنى فى الباطن وإنما أشكل علينا الوقوف عليه فيميز بالقرعة (ومنها) لو وجد فى كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه هل المراد بنى بنيه (جمع ابن) أو بنى بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل فى فنونه : يكون بينهما عندنا لتساويهما كما فى تعارض البنات . قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البيتين بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ولو كان من تعارض البيتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع ههنا لأن الحق ثبت لاحدى الجهتين ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه (١) لا يخص منها الذكور بل يعم أولادهما بخلاف الوقف على ولد الذكور فانه يخص ذكورهم كثيراً كأبائهم (٢) ولأنه لو أراد ولد البنت لسمها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال وهذا أقرب إلى الصواب . وافترحه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجعل اسمه أنه يميز بالقرعة

﴿ القاعدة السادسة بعد المائة ﴾

ينزل المجهول منزلة المعدوم وان كان الأصل بقاؤه اذا ينس من الوقف عليه أو شق اعتباره وذلك فى مسائل :

(منها) الزائد على ما تجلسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه الى منتهى أكثره ، حكمه حكم المعدوم حيث حكمنا فيها للبرأة باحكام الطهارات كلها فان مدة الاستحاضة تطول ولا غاية لها تنتظر بخلاف الزائد على الأقل فى حق المبتدأة على ظاهر المذهب حيث تقضى الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار لأن أمره ينكشف بالتكرار عن قرب . وكذلك النفاس المشكوك

(١) فى ٧١١ : بنه (٢) فى ٧١١ كأنائهم

فيه تقضى فيه الصوم لانه لا يتكرر (ومنها) اللقطة بعد الحول فانها تملك لجهالة ربهها ومالا يملك منها يتصدق به عنه على الصحيح وكذلك الودائع والغصب ونحوها (ومنها) مال من لا يعلم له وارث فانه يوضع في بيت المال كالضائع مع أنه لا يخلو من بنى عم اعلیٰ إذ الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسقى الى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله في المصالح ، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول . ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال ارثاً لهذا المعنى فان أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالارث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب وان أريد أنه ارث في الباطن لمعين فيحفظ ميراثه في بيت المال ثم يصرف في المصالح للجهل بمستحقه عيناً فهو الاول بمعنى واحد وينبى على ذلك مسألة اقتصاص الامام عن قتل من لا وارث له وفي المسألة وجهان منهم من بناهما على أن بيت المال هل هو وارث أم لا . ومنهم من قال لا ينبى على ذلك ثم لهم طريقان: أحدهما أنه لا يقتص ولو قلنا بانه وارث لأن في المسلمين العبي والمجنون والغائب وهي طريقة أبى الخطاب . والثاني يجوز الاقتصاص وان قلنا ليس بوارث لأن ولاية الامام ونظرة في المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغوني (ومنها) اذا اشتبهت اخته بنساء أهل مصر جازله الأقدام على النكاح من نسائه ولا يحتاج الى التحرى في ذلك على أصح الوجهين ، وكذلك لو اشتبهت مينة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب فيخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر ككتاب الكفار وأوانبهم (ومنها) طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص (ومنها) اذا طلق واحدة من نسائه وأنسبها فانها تميز بالقرعة ويحل له وطى البواقي على المذهب الصحيح المشهور وكذلك لو أعتق واحدة من إماءه (ومنها) اذا أحرم بنسك وأنسبه ثم عينه بقران فانه يجزئه عن الحج ، وهل يجزئه عن العمرة وجهين أشهرهما عند المتأخرين لا يجزئه لجواز أن يكون أحرم بحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة بنية القران فلا تصح عمرته . والثاني يجزئه لانه انما يمنع من ادخال العمرة على الحج مع العلم فاما مع عدمه فلا تنزيلا للمجهول كالمعدوم فكأنه ابتداء الاحرام بهما من حين التعيين

(القاعدة السابعة بعد المائة)

تمليك المعدوم والاباحة له نوعان : أحدهما أن يكون بطريق الاصاله فالمشهور أنه لا يصح . والثاني أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والاجارة وهذا اذا صرح بدخول المعدوم فاما

ان لم يصرح وكان المحل لا يستلزم المعدوم ففى دخوله خلاف ، وكذا لو انتقل الوقف الى قوم
فحدث من يشاركم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل :

(منها) الاجازة لفلان ولمن يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبى داود [وهو] من أعيان
أصحابنا فانه أجاز لشخص وولده ولحبل الحبله (ومنها) الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء فافى القاضى
فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس قوله فى الوقف عدم الصحة (ومنها) الوقف
على من سيولد له فصرح القاضى فى خلافه بانه لا يصح لانه وقف على من لا يملك فى الحال واقتصر
عليه فلم يصح كالوقف على العبد . قال أحمد : فى رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده
أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى (١) قال الشيخ مجد الدين
ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عندى وقف معلق
بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [موجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها
مخدوفا (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها)
لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففى دخوله روايتان وظاهر كلام
أحمد دخوله فى المولود قبل تأييد النخل (٢) وقد سبق وهو قول ابن أبى موسى وظاهر كلام القاضى
وابن عقيل وأفى به [ابن] الزاغونى (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدا على أن مات عن
ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غيره ولد فنصيبه لمن فى درجته فكان فى درجته عند موته اثنان
مثلا فتناولا نصيبه ثم حدث ثالث فهل يشاركم يخرج فيه وجهان من التى قبلها والدخول هنا
أولى وبه أفى الشيخ شمس الدين ابن أبى عمر المقدسى لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان
الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث
من هو أعلى من الموجودين وكان فى الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفرغه (٣) منهم واما حكم
الوصية فانها لا تصح لمعدوم بالاصالة كمن [أوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضى وابن عقيل وفى
دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصى روايتان . وذكر القاضى فيمن وصى لمواليه وله
مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخلون وعمل بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت
وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف فى المتجدد بين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد
بعد الموت فمنعه أولى وهذا الذى قاله يترجه إن علقنا الوصية بصدق الاسم فاما ان كان قصد الموصى
(١) كذا فى الاصول الثلاثة . وبهامش ٧١١ لعله (أو من يأتى) . (٢) هذا نص نسختى الدار
ونسختنا تأثير الفعل ولعله تصحيف . (٣) فى ٧١١ فانه ينزعه . وفى ٧١٢ فانه يصير منهم

الوصية لأعيان رقيقه وسهام باسم يحدث لهم فانهم يستحقون الوصية بغير توقف . وافق الشيخ أيضا بدخول الممدوم في الوصية تبعاً كمن وصى بغلة ثمره للفقراء الى أن يحدث اولده ولد فيكون وهو له قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت . والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصى قال انما كانت الوصية للذين كانوا ائتم قال ما أدري كيف هذا ؟ قبل له فيشبه هذا الكورة قال لا الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلاحظ الموصى فيها قوما معينين لعدم انحصار أهلها وانما المراد تفريق الوصية الموصى بها فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة فانه قد يلاحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم ، ويفارق الوقف في ذلك الوصية لأن الوقف تحييس وتسييل يتناول المتجدد من الطابق فكذا الطبقة الواحدة بخلاف الوصية فانها تملك فيستدعى موجودا في الحال

(القاعدة الثامنة بعد المائة)

ما جهل وقوعه مترتبة أو متقارنا هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب فيه خلاف ، والمذهب الحكم بالتعاقب لبعده التقارن . ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المتوارثان اذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون وجهل تقارن موتهما وتعاقبه حكما بتعاقبه على المذهب المشهور ، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه من صاحبه . وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه أو علم عينه ثم نسي على المذهب لكن هذا يستند الى أن يقن الحياة لا يشترط للتوريث (ومنها) اذا أقيم في المصر جمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معا فيبطلان وتعاد الجمعة أو أحرم بهما متربتين فتصلى الظهر على الوجهين أصحهما تعاد الظهر لأن التقارن مستبعد وعلى الثاني تعاد الجمعة إما لاحتمال المقارنة أو تنزيلا للمجهول كالممدوم (ومنها) اذا زوج وليان وجهل هل وقع العقدان معا فيبطلان أو متربتين فيصح أحدهما بالقرعة ففيه وجهان أيضا أحدهما يبطلان لاحتمال التقارن والثاني لاستبعاده (ومنها) اذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول واختلعا هل أسلما معا أو متعاقبين فهل القول قول مدعى التقارن فلا ينفسخ النكاح أو مدعى التعاقب لأن الظاهر معه على وجهين يرجعان الى تعارض الأصل والظاهر (ومنها) اذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلان كلا منهما أنه باعه هذا العبد بالف وأقاما بذلك بينتين ولم يؤرخا فهل يصح العقدان

ويلزمه الثمنان لجواز أن يكونا في عقدين في وقتين مختلفين . وحد استرجاع العقد بينهما أو (١) يتعارض البينتان ، لجواز أن يكونا عقدا واحدا فيسقطان والأصل براءة ذمته على وجهين

﴿ القاعدة التاسعة بعد المائة ﴾

المنع من واحد مبهم من اعيان أو معين مشتبهة باعيان يؤثر الاشتباه فيها بالمنع بمنع التصرف في تلك الأعيان قبل تمييزه ، والمنع من الجمع بمنع من التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة ، فإن حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوى ، فإن كان لواحد منهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضى العموم ، فللاول أمثلة :

(منها) اذا طاق واحدة مبهمة منع من وطء زوجاته حتى يميز بالقرعة على الصحيح ، وحكى رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه (ومنها) اذا أعتق أمة من إماءه مبهمة منع من وطء واحدة ممن حتى تميز المعتقة بالقرعة وفيه وجه بالتعيين (ومنها) اذا اشتبهت المطلقة ثلاثا بزوجاته منع من وطء واحدة ممن حتى يميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب (ومنها) لو اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنبية منع من الزوج بكل واحدة ممن حتى يعلم أخته من غيرها (ومنها) اذا اشتبهت ميتة بمذكاة فإنه يمنع من الأكل منهما حتى يعلم المذكاة (ومنها) اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدة منها حتى يتبين على الظاهر (ومنها) لو حلف بالطلاق لا يأكل تمره فاختلفت في تمره فإنه يمنع من أكل تمره منه حتى يعلم عين التمرة ، وإن كنا لانحكم عليه بالحنث باكل واحدة (ومنها) لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يطأ واحدة ممن ونوى واحدة مبهمة فإنه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة وقيل بتعيينه (ومنها) لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف ، وفي استرقاقهم وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعي : والثاني أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقيون ، وهو قول أبي بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل في روايته الحاقاله باشتباه المعتق بغيره ، وكما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد فافقه فانا نقرع لخراج الحرية (٢) وإن كان أحدهما حر الأصل والصحيح الأول لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فارقاهم الا واحدا يؤدي الى ابتداء الارقاق مع الشك في إباحته بخلاف ما اذا كان أحد المشتبهين رقيقا فاخرج غيره بالقرعة فإنه انما يستدام الرق مع

(١) لعلها ان . (٢) في نسختنا: الجزية والتصحيح عن ٧١١

الشك في زواله ، وللتأني أمثلة :

(منها) اذا ملك أختين أو أما وبنات فالمشهور أن له الاقدام على وطء واحدة منهما ابتداءً فاذا فعل حرمت الأخرى ، وعن أبي الخطاب أنه يمنع من وطء واحدة منهما حتى تحرم الأخرى ، ونقل ابن هاني عن أحمد ما يدل عليه وهو راجع الى تحريم احدهما مبهمه والأول اصح لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع (ومنها) اذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى بمنع من وطئها جميعا حتى يحرم احدهما لثبوت استفراشهما جميعا ، ثم تباح له الأولى اذا استبرأ الثانية لانهما اخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلًا بوطنها على وجهين ، والاظهر هاهنا الاول لثبوت الفراش لهما جميعا فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمه (ومنها) إذا أسام الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة فأسلمن أو كن كتابيات فلا يظهر أن له وطء أربع منهن ويكون اختيارا منه لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع ولام القاضي قد يدل على هذا وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار (ومنها) او قال ازواجه الأربع والله لا وطئكن وقانا لا تحنث بفعل البعض فاشهر الوجهين أنه لا يكون موليا حتى يوطأ ثلاثا فيصير حينئذ موليا من الرابعة وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما اذا وطئ ثلاثا فانه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث ، والثاني هو مول في الحال من الجميع وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده ، وقال هو ظاهر كلام أحمد ومأخذ الخلاف أن الحكم المعاق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مسماها حنث أو على مجموع الاجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد فعلى الثاني يكون موليا من الجميع ويتوقف حنثه بوطنه كل واحدة على وطئ البواقي معها (ومنها) اذا زنى بامرأة وله أربع نسوة ففي التعليق للقاضي يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال لان التحريم هنا لاجل الجمع بين خمس فيكفي فيه ان يمسك عن [وطء] واحدة منهن لاحتى تستبرى. وصرح به صاحب الترغيب ، وقد ذكر صاحب المغني مثله فيمن اسلم على خمس نسوة ففارق واحدة فانه يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرى. المفارقة (ومنها) إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد واحد فالتكاح باطل لأن الجميع حصل به ولا مزية للبعض على البعض فيبطل بخلاف ما اذا تزوجن في عقود متفرقة وذكر القاضي في خلافه احتمالا بالقرعة فيها إذا زوج الوليان من رجائين دفعة واحدة وهذا مثله ولكن هذا اعله تخالف الاجماع قاله الشيخ مجد الدين ولكنه يعتضد بالرواية التي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لعبيده أياكم جاءني بخبر كذا وكذا فهو حر فأتاه به اثنان معاقت واحد منهما بالقرعة ، وكذلك لو قال

أول غلام يطلق على فهو حر أو أول امرأة تطلق على فهي طالق فطلق عليه عبيده كلهم ونساؤه
أكلهن أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة نص عليه في رواية مهنا وأقره القاضي وصاحب المغنى
في موضع منه على ظاهره وتأولا مرة على أنهم طلّعوا واحدا بعد واحد وأشكل السابق وهذا هو
الظاهر لأنه اجتهد وغيره بعيد، وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور :

(منها) إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد فقيه وجهان : أحدهما يبطل النكاحان معاً وهو قول
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى : والثاني يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجزم
به صاحب المحرر لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عرى عن الدخول بخلاف العكس
فكان نكاح الأم أولى بالابطال (ومنها) لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما
فالمذهب أنه ينسخ نكاح الأم وحدها وتحرم عليه على التأيد ويثبت نكاح البنت نص عليه [أحمد] فيما
ذكره القاضي في خلافه واتفق الأصحاب عليه وبناءه القاضي على أن انكحة الكفار صحيحة فإذا صح
النكاح في البنت صارت أمها من أمهات نسائه فحرمت عليه، قال ولولم يكن صحيحا فيها كان له
أن يختار أيهما شاء وهذا يخالف ما قرره في الجامع الكبير أن العقد الفاسد في النكاح يحرم ما يحرمه
الصحيح وهذا النكاح غايته أنه فاسد لأنه مختلف في صحته والمنصوص عن أحمد في رواية أبي
طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت وقد حرمتا عليه وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول
بهما لأنه قال في تمام هذه الرواية إذا كان تحته أختان فرق بينه وبين أحدهما، وإذا كان تحته فوق
أربع فرق بينه وبين الزيادة فدل على أنه لم يجعله كابتداء العقد (ومنها) لو تزوج كبيرة وصغيرة
ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه وفي الصغيرة
روايتان أحدهما يفسد نكاحها أيضا كمن عقد على أم وبنت ابتداء والثانية لا يبطل وهي أصح
ومسئلة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها وعلى التسليم فيها فالفرق بينهما وبين مسئلتنا أن الجمع
هنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت
(ومنها) لو كان تحت ذمی أربع نسوة ثم استرق للحوقه بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجد
الدين يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحت أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع
كالرضاع إلى الحادث المحرم للجمع (ومنها) لو تزوج حرة وأمة في عقد وهو فاقد لشرط
نكاح الاماء فانه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح لأن الحرة تمتاز عليها بصفة ورود نكاحها
عليها في مثل هذه الحال ولا عكس، وللثالث وهو المنع من القدر المشترك أمثلة :

(منها) لو قال لزوجاته والله لا وطئت احدا كن ناويا بذلك الامتناع من وطء مسمى احدها من

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا اما لو قال لا وطئت واحدة منكن فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضى والأصحاب بناء على أن النكرة في سياق النفي يفيد العموم وحكى القاضى عن أبى بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله إذا آلى من واحدة منهن وأشككت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضى كذلك والقاضى مصرح بخلافه فانه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال متى وطىء واحدة منهن انحلت يمينه من الكل بخلاف ما إذا قال لا وطئت كل واحدة منكن أو لا وطئت فانه إذا وطىء واحدة منهن حنث وبقي الإيلاء من الباقى، وإن لم يحنث بوطنه لأن حقن من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لا أطأ كل واحدة منكن ولا أطأ كن في قوة أيمان متعددة لاضافته إلى متعدد بخلاف قوله لا أطأ واحدة منكن فانه مضاف إلى مفرد منكن موضوع بالإصالة لنفى الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتحل بالحنث بوطن واحد ولكن مقتضى هذا التفريق أن تعدد الكفارة في صورتين الأولتين بوطن كل واحدة وهو قياس إحدى الروايتين في الظهار من نسائه بكلمة واحدة ان الكفارة تتعدد ويمكن أن يقال النكرة في سياق النفي ان قيل انها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجمع فالصور الثلاث متساوية، وإن قيل ان عمومها جاء ضرورة نفى الماهية فالنفي بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضى المذكور والله اعلم (ومنها) اذا قال ان خرجت من الدار مرة بغير إذن فان طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير اشكال وإن أطلق فقال القاضى في خلافه تنقيد (١) يمينه بمرة واحدة، وسلم انه لو اذن لها مرة فخرجت باذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه ابو الخطاب وابن عقيل في خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام ابى الخطاب ان العموم اتى من دخول النكرة في الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فإن اليمين عندنا انما تنحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة باذنه لم تنحل اليمين بذلك عندنا والمحلف عليه قائم وهو خروجها مرة بغير اذنه فمتى وجد ترتب عليه الحنث

﴿ القاعدة العاشرة بعد المائة ﴾

من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر، وإن

(١) في نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١

امتنع منهما فان كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الاصلى الثابت له اذا كان مالياً ، وان لم يكن حقاً ثابتاً سقط وان كان الحق غير مالى الزم بالاختيار وان كان حقاً واجباً له وعليه فان كان مستحقه غير معين حبس حتى يعينه ويوفيه ، وان كان مستحقه معيناً فهل يحبس ويستوفى منه الحق الذى عليه فيه خلاف ، وان كان حقاً عليه وأمكن استيفاؤه منه استوفى ، وان كان عليه حقان أصلى وبدل فامتنع من البدل حكم عليه بالأصل ويندرج تحت هذه القاعدة صور :

(منها) لو عفى مستحق القصاص دمه وقتلنا الواجب له أحد أمرين تعين له المال ولو عفى عن المال ثبت له القود (ومنها) لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالاً لا يدل على الرضا بامساكه لم يسقط حقه من المطالبة بالأرض عند ابن عقيل لأن العيب موجب لأحد شيئين إما الرد وإما الأرض فاسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر ، وقال ابن أبى موسى والقاضى يسقط الأرض أيضاً وفيه بعد (ومنها) لو أتاه الغريم بدينه فى محله ولا ضرر عليه فى قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرى غريمه (ومنها) لو [امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية (ومنها) لو تاجر مواناً وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه فان حقه يسقط منه (ومنها) لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار حبس وعزر حتى يختار (ومنها) لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة اجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتمكين من الاستمتاع (ومنها) لو أبى المولى بعد المدة أن يفيء أو يطلق فروايتان احدهما يحبس حتى يفيء أو يطلق والثانية يفرق الحاكم بينهما (ومنها) لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل فى البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه (ومنها) لو ادعى عليه فأنكر وطلب منه اليمين فنكل عنها قضى بالنكول وجعل مقراً لأن اليمين بدل عن الاقرار وعن النكول فاذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل (ومنها) لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية فان كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هاهنا أم يحبس حتى يجيب على وجهين ، وان كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخلى سبيله على وجهين

(القاعدة الحادية عشر بعد المائة)

اذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة يثبت بها أحدهما دون الآخر فهل يثبت أم لا ؟ على روايتين ويخرج عليهما مسائل :

(منها) اذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين فاذا ادعى أولياء المقتول على ولى القاتل فى القسامة

فنكل فهل يلزمه الدية على روايتين (ومنها) لو ادعى جراحة عمداً على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها على روايتين والصحيح فيها عدم وجوب الدية لثلاث يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً وأما أن قلنا أن موجب القتل القصاص عيناً فالدية بدل فلا يجب بما لا يجب به المبدول (ومنها) شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عبداً عمداً فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود على روايتين حكاهما صاحب المحرر ، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور . وتأملت رواية ابن منصور فإذا ظاهرها أن القاتل كان حراً فلا يكون جنايته موجبة للقود، فلا تكون المسألة من هذا القبيل بل من نوع آخر وهو إذا كانت الجناية موجبة للدمال عيناً وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصل الجناية فهل يجب بها المال على روايتين، كما لو كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب المال دون القود وأتى عليها بشاهد وامرأتين أو ادعى قتل كافر في الصف وأتى بشاهد وحلف معه فهل يستحق بذلك سلبه على الروايتين

﴿القاعدة الثانية عشر بعد المائة﴾

إذا اجتمع للضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً لأن الزيادة لاضرورة اليها فلا يباح ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا وجد المحرم صيداً وميته فانه يأكل الميتة نص عليه أحمد لأن في أكل الصيد ثلاث جنایات صيده وذبحه وأكله ، وأكل الميتة فيها جناية واحدة ، وعلى هذا فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميته فانه يأكل لحم الصيد قاله القاضي في خلافه لأن كلا منهما فيه جناية واحدة ويتميز الصيد بالاختلاف في كونه مذكي وفي هذا نظر فان أكل الصيد جناية على الاحرام ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة ثم وجدت أبا الخطاب في انتصاره اختار أكل الميتة وعلمه بما ذكرنا، ولو وجد يعض صيد فظاهر كلام القاضي أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جناية كذب الصيد (ومنها) نكاح الاماء والاستمناء كلاهما إنما يباح للضرورة ويقدم نكاح الاماء كما نص عليه ابن عباس لأنه مباح بنص والآخر متردد فيه، وقال ابن عقيل في مفرداته الاستمناء احب الى من نكاح الامة. وفيه نظر وأما نكاح الاماء ووطء المستحاضة فقال ابن عقيل إنما يباح ووطء المستحاضة عند خوف الغنت وعدم الطول لنكاح غيرها ، وظاهر هذا أن نكاح الاماء مقدم عليه ، ويتوجه بما ذكرنا من النص على اباحة نكاح الاماء دون ووطء المستحاضة فانه في معني ووطء الحائض لكونه دم أذى (ومنها) من أبيع له الفطر لشبقة فلم يمكنه الاستمناء

واضطرب الى الجماع في الفرج فله فعله فان وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة ففيه احتمالان ذكرهما صاحب المغنى أحدهما وطء الصائمة أولى لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرر غيرها وذلك جائز لفطرها لأجل الولد، وأما وطء الحائض فلم ينعهد في الشرع جوازه فانه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة اليه : والثاني بخير لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير افساد عبادة عليها وافساد صوم الطاهرة والأول هو الصحيح لما ذكرنا من إباحة الفطر لأسباب دون وطء الحائض (ومنها) اذا ألقى في السفينة نار واستوى الأمران في الهلاك أعنى المقام في النار والقاء النفوس في الماء فهل يجوز القاء النفوس في الماء أو يلزم المقام على روايتين ، والمنقول عن أحمد في رواية منها أنه قال أكره طرح نفوسهم في البحر وقال في رواية أبي داود يصنع كيف شاء قيل له هو في اللج لا يطعم في النجاة قال لأدري فتوقف ورجع ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها لئلا يكون قاتلا لنفسه بخلاف ما اذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالالقاء

(القاعدة الثالثة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجمل الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الأول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين فلا خلاف في ذلك . فمثال ما دلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى - فيقابل كل فرد كامل بفرد يقابله الجريان العرف أو دلالة الشرع على ذلك ، وإما لاستحالة ما سواه أن يقول لزوجتيه ان اكلتهما ذين الرغيفين ، فاتهما طالقان ، فاذا أكلت كل واحدة منهما رغيفا طلقت لاستحالة أكل كل واحدة لارغيفين أو يقول لعبدية ان ركبتهما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعنتما راحتيكما أو دخلتما بزوجتيكما فاتهما حران ، فتى وجد من كل واحد ركب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو راحه أو الدخول بزوجته ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرفي وفي بعضه شرعي فتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره في المغنى . ومثال ما دلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلتما زيدا أو كلتما عمروا فاتهما طالقان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمروا القسم الثاني : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحمل التوزيع عند هذا الإطلاق على الأول أو الثاني في المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسئلة الفهار من نساته بكلمة

واحدة . وكذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع ولذلك أمثلة كثيرة (فمنها) قوله صلى الله عليه وسلم في تعليل مسحه الخفين (أنى ادخلتهما وهما طاهرتين) هل المراد أنه ادخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة أو المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين وكل قدم في حال ادخالها طاهرة. وينبني على ذلك مسألة ما إذا غسل أحدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجملة لا يجوز المسح لأنه في حال ادخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين وعلى الثاني وهو توزيع المفرد على المفرد يصح ، وفي المسئلة روايتان عن أحمد ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبعض وأنه لا يرتفع إلا بعد استكمال الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة (ومنها) مسألة مد عجوة وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكر هاهنا مضمونها ملخصا فنقول : إذا باع ربويا بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد وله مأخذان أحدهما وهو مسلك القاضى وأصحابه أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة يقسط^(١) على قيمتهما وهذا يؤدي ههنا إما إلى يقين التفاضل وإما إلى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد في أموال الربا . وبيان ذلك : أنه إذا باع مديساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة دراهم كان الدرهم في مقابلة ثلثى مد ويبقى مد في مقابلة مد وثلث وذلك ربا وكذلك إذا باع مديساوى درهما ودرهمين بمدين يساوين ثلاثة دراهم فإنه يتقابل الدرهمان بمد وثلث مدي ويبقى ثلثا مد في مقابلة مد^(١) وأما إن فرض التساوى كمد يساوى درهما^(١) ودرهم بمديساوى درهما ودرهم فإن التقويم ظن وتخمين فلا يتعين معه المساواة والجهل بالتساوى ههنا كالعلم بالتفاضل فلو فرض أن المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وأن الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان ذكرهما القاضى في خلافه احتمالين أحدهما الجواز لتحقيق المساواة والثاني المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فتتغير قيمته وحده وصحح أبو الخطاب في انتصاره المنع قال لأننا لا نتقابل مدا بمد ودرهما بدرهم بل نتقابل مدا بنصف مد ونصف درهم وكذلك لو خرج مستحقا لاسترد ذلك وحينئذ فالجهل بالتساوى قائم ، هذا ما ذكره في تقرير هذه الطريقة . وهو عندى ضعيف لأن المنتقسم^(٢) هو قيمة الثمن على قيمة

(١) - (١) في الأصل الذى بيدنا يياض مقدار كلمتين في المكانين وأما في نسختي الدار فلا يياض .

(٢) في ٧١١ لأن التقسيم

المثمن [لا اجراء احدهما على قيمة الآخر فقيما اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة لانقول درهم مقابل بثلى مد بل نقول ثلث الثمن مقابل بثلث المثمن فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث درهم ونقابل ثلثا المدين بثلى مد وثلثي درهم فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم (١)] مقابل لثلث المثمن فيقابل ثلث المدين ثلث مد وثلث درهم ويقابل ثلثا المدين بثلى مد وثلثي درهم فلا ينفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم . ولهذا لو باع شقصاً وسيفاً بمائة درهم وعشرة دنانير لأخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير ، نعم ! نحتاج الى معرفة مايقابل الدرهم أو المد من الجملة الأخرى اذا ظهر احدهما مستحقاً أو رد بعيب أو غيره ليرد ما يقابله من عوضه حيث كان المردود ههنا معيناً مفرداً ، اما مع صحة العقد في الكل واستدامته فانا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء المثمن بحسب القيمة وحينئذ فالمفاضلة المتينة كما ذكره متفية وأما ان المساواة غير معلومة فقدت (٢) في بعض الصور كما سبق . والمأخذ الثاني أن ذلك ممنوع سداً لذريعة الربا فان اتخاذاً ذلك حيلة على الربا الصريح واقع كبيع مائة درهم في كيس بمائتين جعلاً للمائة في مقابلة الكيس وقد لا يساوى درهما فمنع ذلك وان كانا مقصودين حسماً لهذه المادة ، وفي كلام أحمد إمامنا الى هذا المأخذ والرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوى من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع احدهما ولكن المفرد أكثر من الذى معه غيره نص عليها أحمد في رواية جماعة جعلاً لغير الجنس في مقابلة الجنس وفي مقابلة الزيادة ، ومن المتأخرين كالسامري من يشترط فيما اذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوى جعلاً لكل جنس في مقابلة جنسه وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره لاسيما مع اختلافهما في القيمة وعلى هذه الرواية فانما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الربا وقد نص أحمد على هذا الشرط في رواية حرب ولا بد منه . وعلى هذه الرواية يكون التوزيع ههنا للأفراد على الأفراد وعلى الرواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل ، وللأصحاب في المسألة طريقة ثانية . وهو أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حليته قولاً واحداً ، وفي بيعه بنقد آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهى طريقة أبى بكر في التنبيه وابن أبى موسى والشيرازى وأبى محمد التميمى وأبى عبدالله الحسين الهمداني في كتابه المقتدى ، ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه كأبى بكر في التنبيه ، وقال الشيرازى الاظهر المنع ومنهم من جزم بالجواز في بيعه بغير جنسه كالتميمى ومنهم من حكى الخلاف كابن أبى موسى ونقل

(١) الزيادة التى بين المربعين من نسخة ٧١١ (٢) يياض فى ٧١١

البرباطى (١) عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حلى صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس وبيع كل واحد منهما وحده، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن بيع الحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي إلى الربا لأنه يبيع ربوى بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوى ولا تتحقق مساواته وأما مع تمييز الربوى ومعرفة مقداره فإنما منعوا [منه] إذا ظهر فيه وجه الحلية (٢) أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح وفسلين أو ألف صحاح بالف مكسورة وثوب أو ألفاً صحاحاً ودينار بالف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن أبى موسى وأما بيعه بنقد آخر أو ربوى من غير جنسه ولكن علة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبنى على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفي جوازه روايتان واختيار أبى بكر وابن أبى موسى والقاضى في خلافه المنع وعلوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدى إلى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المحمولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه إذا أسلم في جنسين لم يحز حتى يبين قسط كل واحد منهما فإن السلم والصرف متقاربان وهذا كله في الجنسين . فاما بيع نوعى جنس بنوع منه ففيه طريقان : أحدهما أن حكم نوعى الجنس حكم الجنسين وهو طريق القاضى وأصحابه نظراً إلى توزيع العوض بالقيمة فيؤدى ذلك هاهنا إلى تعين المفاضلة وليس ههنا شئ من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل : والثانى الجواز ههنا وهو طريق أبى بكر ورجحه صاحب المغنى والتلخيص نظراً إلى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع فكذا في الجنس الواحد، والتقسيم إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورسى. فإن المذهب جوازه ولكن ذكر أبو الخطاب في انتصاره فيه احتمالاً بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد أن كان نقداً لم يحز فإن كان ثمرًا جاز، والفرق أن أنواع الثمار يكثر اختلاطها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما إذا كان الربوى مقصوداً بالعقد فإن كان غير مقصوداً بالاصالة وإنما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع : أحدها ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كتزويق الدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثانى ما يقصد تبعاً لغيره وليس أصلاً

لمال الربا كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه اذا كان المقصود الاصل هو العبد وفيه ثلاثة طرق ،
 احدها انه يصح رواية واحدة سواء قلنا ان العبد يملك أولا يملك وهى طريقة ابى بكر والخرقى
 والقاضى فى خلافه وابن عقيل فى موضع من فصوله وصاحب المغنى وهى المنصوصة عن احمد ، والثانية
 البناء على ملك العبد فان قلنا يملك يصح لان المال ملك العبد فليس بداخل فى عقد البيع كمال
 المكاتب لا يدخل معه فى بيعه وان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وهى طريقة القاضى فى المجرد
 وأبى الخطاب فى انتصاره ، والثالثة طريقة صاحب المحرر ان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وان
 قلنا يملك فان كان مقصودا اعتبر له ذلك والا فلا . وأنكر القاضى فى المجرد أن يكون القصد
 وعدمه معتبرا فى صحة العقد فى الظاهر وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله : النوع الثالث مالا
 يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل لمال الربا اذا أبيع بها فيه منه وهو ضربان : أحدهما ان يمكن افراد
 التابع بالبيع كبيع نخلة عليها رطب برطب وفيه طريقان : احدهما وهو طريق القاضى فى المجرد
 المنع لانه سال مستقل بنفسه فوجب اعتبار احكامه بنفسه منفردا عن حكم الاصل : والثانى الجواز
 وهى طريقة ابى بكر والخرقى وابن بطة والقاضى فى الخلاف كما سبق فى بيع العبد ذى المال ، واشترط
 ابن بطة وغيره ان يكون الرطب غير مقصود ولذلك شرط فى بيع النخلة التى عليها ثمر لم يبد
 صلاحه أن يكون الثمر غير مقصود ونص أحمد عليه فى رواية ابراهيم بن الحارث والاثرم ،
 وتاوله القاضى لغير معين (١) ومعنى قولنا غير مقصود أى بالاصالة وانما المقصود فى الاصلى الشجر
 والثمر مقصود تبعاً : والضرب الثانى أن لا يكون التابع مما لا يجوز افراذه بالبيع كبيع شاة لبون
 بلبن أو ذات صوف بصوف وبيع الثمر بالنوى فيجوز ههنا عند القاضى فى المجرد وابن حامد
 وابن أبى موسى ومنع منه أبو بكر والقاضى فى خلافه ، وقد حكى فى المسألة روايتان عن أحمد ولعل
 المنع ينتزل على ما اذا كان الربوى مقصوداً والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد
 ابن عقيل وغيره ويشهد له تعليل الاصحاب كلهم الجواز بانه تابع غير مقصود ، واعلم أن هذه
 المسألة (٢) منقطعة عن مسائل مد عجرة وان القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه .
 وقد نص أحمد فى بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه وقاله القاضى فى خلافه فى مسألة
 العبد والنوى بالثمر وكذلك المنع فيها مطلق عند الاكثرين ، ومن الاصحاب من خرجها أو بعضها
 على مسائل مد عجرة ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره أولا وقد صرح به
 طائفة من الاصحاب كأبى الخطاب وابن عقيل فى مسألة العبد ذى المال وكذلك حكى أبو الفتح

(١) فى ٧١١ لغير معنى (٢) فى الاصل (المسألة يل) ولعله يريد . المسائل .

الخلواني رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالاصالة والجواز مع عدم القصد فيرتفع الخلاف حينئذ والله أعلم . وان حمل على إطلاقه فهو منتزل على أن التبعية هاهنا لا عبرة بها وان الربوى التابع لغيره فهو مستقل بنفسه (ومنها) اذا باع رجل عبيدين له من رجلين بثمان واحد فان المبيع يقع شائعاً بينهما فيكون لكل واحد منهما نصف كل عبد ، ولا يخرج هنا وجه آخر أن يكون لكل واحد عبد لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع فيفسد البيع، نعم لو كان العقد مما يصح به مبهما كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخرج فيه . ولو أقر لرجل بنصف عبيدين ثم فسر به بعد معين قبل بخلاف ما إذا أقر له بنصف هذين العبيدين ثم فسر به باحدهما ذكره صاحب الترغيب لأن الأول مطلق فيصح تفسيره بمعين كما لو قال لزوجته أنت طالق نصف تطليقتين فانها تطلق واحدة وأما اذا أوصى له بثلاث ثلاثة أعبد ثم استحق منهم اثنان فهل يستحق تلك الباقى أو كله فيه وجهان . وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين وليس كذلك بل ماخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبيد ونحوهم قسمة الاجبار أم لا ؟ وفيه وجهان والمنصوص دخولها .

(ومنها) اذا رهنه اثنان عينين او عيناهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهنه دارا لهما على ألف درهم له عليهما ، نص أحمد في رواية منها على أن احدهما اذا قضى ماعليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على ما بقى . فظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد [رهنا] بجميع الحق توزيعاً للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وأبو الخطاب وهو المذهب عند صاحب التلخيص . قال القاضي : هذا بناء على الرواية التي تقول إن عقد الاثنتين مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة ، أما اذا قلنا بالمذهب الصحيح أنهما في حكم عقدين كان نصيب كل واحد مرهونا بنصف الدين قال ويجوز أن يكون كل واحد منهما لما رهن صار كفيلاً عن صاحبه فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤدي بجميع ماعليه وتأوله [أيضا] في موضع آخر على أن كل واحد منهما كان كفيلاً عن صاحبه فاذا قضى احدهما لم ينفك حقه من الرهن لأنه مطالب بما ضمنه قال وأما ان لم يضمن كل واحد منهما ماعلى صاحبه فله الرجوع بقدر حصته وليس في كلام أحمد ما يدل على الضمان وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال على هذا يصح الرهن ممن ليس الدين عليه وعلى الأول لا يصح ، وتأول القاضي أيضا في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى كلام أحمد على أن الرهن انفك في نصيب الموفى للدين لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن

لما عليه من الضرر لا لمعنى ان المعين يكون كلها رهناً (١) وبمثل ذلك تأول صاحب المغنى ما قاله ابو الخطاب والحواشي وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فوفا احدهما انه يبقى جميعه رهنا عند الآخر وتأوله على المنع من المقاسمة وهو ضعيف لوجهين : احدهما ان احمد نص على ان الدار رهن على مابقى : والثاني ان انفكك احد النصيين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة فان الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير اقتسام ويكون قبضا صحيحا اذ القبض يتأتى في المشاع ، ويشبه هذه المسألة ما اذا كاتب عديدين له صفقة واحدة بعوض واحد ثم أدى احدهما حصته من الكتابة هل يعتق ام لا ؟ على وجهين : احدهما يعتق وهو اختيار القاضى واصحابه لانه أدى ما يخصه فهو كما لو أدى احد المشتريين حصته من الثمن فانه يتسلم نصيبه تسليماً (٢) مشاعاً عند الاصحاب وما ذكره في المغنى من منع التسليم في هذه المسألة فهو يرجع الى أنه لا يتسلم العين كلها وهذا صحيح وقد صرح به القاضى في الخلاف والجامع الصغير : والوجه الثاني انه لا يعتق واحد منهما حتى يؤديان جميع مال الكتابة وهو قول أبى بكر وابن أبى موسى ونقل مهناعن أحمد ما يشهد له واختلفوا (٣) في مأخذه ف قيل لأن الكتابة عتق معلق بشرط فلا يقع إلا بعد كمال شرطه وهو هاهنا أداء جميع المال وهذا بعيد (٤) على أصل أبى بكر لانه يرى أن الكتابة عقد معاوضة محضة لا تعليق فيها بحال ، وقيل لأن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه فلا يعتق حتى يؤدى جميع ما عليه ، وقيل لأنها صفقة واحدة فلا تتبع بعض وهذا قد يرجع الى الضمان أيضا كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه فيكون توزيعاً للفرد على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال [لما] وقف عتقه على أدائه . وقد اختلف كلام القاضى وابن عقيل في ضمان كل منهما عن الآخر فنفياه تارة وأثبتاه أخرى ، ونقل ابن منصور عن أحمد في رجل له على قوم حق أنه كتب في كتابهم أيهم شئت اخذت بحقى منه يأخذ أيهم شاء ومفهومه أن الغرماء لاضمان بينهم بدون الشرط بكل حال (ومنها) لو وضع المتراهنان الرهن على يدى عدلين وكانا عينيين منفردين أو كان مما يقسم كالمكيل والموزون فهل لهما انقسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصيبه (٥) أم لا على وجهين : أحدهما يجوز ذلك قاله القاضى في المجرد توزيعاً للفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه وصرح القاضى بذلك ، وعلى هذا فهو دفع أحدهما النصف المقسوم الذى بيده الى الآخر فتلف في يده فهل يضمه على احتمالين ذكرهما القاضى لانه انفرد به بعد القسمة

(١) في نسخة ٧١١ مانصه من الضرر بمعنى ان العين تكون الخ . (٢) في ٧١١ تسليماً

(٣) وفيها : واختلف (٤) وفيها : يبعد (٥) في ٧١١ نصفه

بمخلاف ما إذا سلم الكل قبل القسمة فإنه لا يضمن كذا قال القاضي . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضاً : والثاني لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضي في خلافة وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين إنما رضيا بحفظهما جميعاً فلا يجوز لهما الانفراد كالوصيين والوكيل في البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنتين والوصية بالنسبة إلى الحفظ خاصة دون التصرف فإنه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عني بالفى درهم من ثلثي فاخذ كل واحد ألفاً فتصدق بها على حدة ليكون أسهل عليهما فلم ير به بأساً . وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من النصرفات التي يقصد الحظ والغبطة والكسب . قال في التلخيص ولو وكل اثنين في المخاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكيل التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف في الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى . وقال [القاضي] أيضاً : ولو تعدد المعين فاحتمالان يعنى في تعدد الصفقة واتحادها (ومنها) الضمان فإذا ضمن اثنان دية رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد في رواية منها في رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلاً كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر في التنبيه (١) فيمن قال لرجل الق متاعك في البحر على أنى وركبان السفينة ضماناً فلقاه ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبي بكر أن هذا من باب التغيرير فإنه إنما لقاه ضماناً (٢) منه أن قيمته ترد عليه اعتماداً على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً [به] . والوجه الثاني أن الضمان بالحصصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضماناً لك ، وكل واحد منا الألف التي لك على فلان فإن كل (٣) واحد يلزمه الألف حينئذ . وأما مع إطلاق ضمان الألف منهم بالحصصة وهذا قول القاضي في المجرد والخلاف وصاحب المغنى وذكر ابن عقيل في المسألة احتمالين وبناء القاضي على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ إذا قلنا بصلحة ضمان المبهم يحتمل وجهين الأول أشبه بكلام الأصحاب وشبه بهذه المسألة

(١) في ٧١١ في السفينة ولعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) في نسختنا فإن

ماذا كفل اثنان شخصا لآخر فسلبه أحدهما الى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ لأنهما كفالتان والوثيقتان اذا انحلت احدهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامنين اذا برى (١) أحدهما وهذا قول القاضى وأصحابه . والثانى يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين وهو احتمال فى الكافى وقول الأزجى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود الى انها كفالة واحدة والأظهر انهما ان كفلا كفالة الاشتراك فان قالوا كفلا لك زيداً نسلبه اليك فاذا سلبه أحدهما برى الآخر لأن التسليم الملتزم واحدهم كإداء أحد الضامنين للبال ، وان كفلا كفالة انفراد واشتراك بان قال كل واحد منا كفيل لك يزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجائين للدين .

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات اذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو اجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكمال لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التملكيات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل بتعدد الصفقة فيما يتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون المالك ثابتاً فى عين واحدة للمالكين على الكمال ، وانما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صورتان : أحدهما أن يوصى بهين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس يرجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلا منهما مستحقاً للعين بكمالها ويقع التزاحم فيشتركان فى قسمها ، فلو مات أحدهما قبل الموصى أو رد لاستحقاقها الآخر بكمالها : والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فان كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحقاق الوقف كله هكذا ذكره القاضى والأصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم (٢) وأولاد أولادهم أباداماتنا سلوا فان حدث بواحد منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولده يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ماتنا سلوا وقد ولد هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهم يدخلون مع آبائهم

(١) فى ٧١١ إذا أبرأ (٢) فى الاصل وأولادهم وأولادهم (مرة بعد أخرى) والتصحيح عن ٧١١

في القسمة أو يصير هذا الشيء اليهم بعد الموت موت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولداً يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟ قال يجري ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقيين من إخوته وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده لقوله يتوارثون ذلك. وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده مقتضياً لهذا الترتيب ومخصصاً لعموم أول الكلام المقتضى للتشريك، وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضي في المجرّد يدل على خلاف ذلك وأنه يكون مشتركاً بين الأولاد وأولادهم ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله. وأما قوله حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقيين من إخوته فيعني به أن من مات عن غير ولد فنصيبه لأخوته وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب أن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقيين منها بإطلاق الواقف وقد يقال لا دلالة فيه على ذلك لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبداً بالتشريك فلو تركنا هذا لشركنا بين البطون كلها لكنه استثنى من ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده فيبقى ما عداه داخلاً في عموم أول الكلام فاستحقاق الأخوة هاهنا متلقى من كلام الواقف ومثل هذا لانزاع فيه، أما النزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى فلم يجعل للثانية حقاً فيه مع وجود الأولى فدل على أن الأولى هي المستحقة مادامت موجودة لأنه قد يجاب عنه بأن نفى استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة لجميعة لجواز صرفه مصرف المنقطع إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف والظاهر من مقصوده ما ذكرنا فعلى هذا يكون عوده إلى بقية الطبقة مستفاداً من معنى كلام الواقف ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان فاذا انقضى أولاده فعلى المساكين فهل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعدهم على المساكين أو تصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقضى أولاده ثم يصرف على المساكين على وجهين مذكورين في الكافي والأول قول القاضي وابن عقيل، ولنا في المسئلة مسلك آخر وهو أن يقال الوقف تحبّيس للمال في وجوه البر والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه فلا يمنع أن يستحقه لكل واحد منهم بانفراده، ويقع التزامهم فيه عند الاجتماع بخلاف التملكيات المحضة فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المملّكين جميع ما وقع فيه التملك، وهذا على قولنا أن الموقوف عليه لا يملك عين الوقف أظهر ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبداً فهل يقال لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتقل بعد كل ولد إلى ولده في المعروف عند الأصحاب الأول وهو الذي ذكره القاضى وأصحابه ومن اتبعهم . وحكى الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهها آخر بالثانى ورجحه على الأول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة ، وعلى الثانى يكون من باب توزيع المفرد على المفرد ، ويشهد لهذا من كلام أحمد مارواه عنه يوسف بن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى (١) فى رجل أوقف ضيعة على أن لعل بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها لولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية وإن مات على بن اسمعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك . ثم إن بعض ولد على بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بنصيبه يدفع إلى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت إن مات على بن اسمعيل دفع إلى ولد ولده إنما قال ولد على بن اسمعيل . قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد على بن اسمعيل إلى ولده فإن مات بعض ولد على بن اسمعيل دفع إلى ولده أيضاً لأنه قال بين ولد على بن اسمعيل وهذا من ولد على بن اسمعيل فدل هذا الكلام على أصليين أحدهما أن ولد الولد داخل فى مسمى الولد عند الاطلاق . والثانى أنه إنما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشار كين له حيث ذكر [إن] على بن اسمعيل توفى عن ولد وإن بعض ولده توفى عن ولد ونقل إلى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشار كين للاب من اخوته ، ووجه هذا أنه لما رتب بين على ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فكذلك ينبغى أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده وهذا خلاف ما ذكره الأصحاب من الوجهين فى كيفية استحقاق ولد الولد إذا قبل بدخوله فى مطلق الولد هل يستحق مع الولد مشركاً أو بعد انقراض الولد كما هم مرتبات ترتيب طبقة على طبقة فإن أحمد جعله مرتبات ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبداً أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقة ، وقد يفرق بينهما بأن الوقف هنا أولاً كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب فى استحقاق ولده وولد ولده وليس فى طبقة بعد طبقة ولكن سندكر من كلام أحمد فى مسألة التدبير ما يحسن تخريج هذا الوجه منه إن شاء الله تعالى (ومنها) إذا علق طلاق نسائه أو علق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفى فى وقوع الطلاق والعناق مع قطع النظر عن الحث بوجود بعض الصفة فإن للأصحاب فى الاكتفاء ببعض الصفة فى الطلاق والعناق طراً ثلاثة ، أحدها أنه يكفى بها كما يكفى بذلك فى الحث فى اليمين وهى طريقة القاضى واستثنى فى الجامع من ذلك أن تكون

(١) تقدم اختلاف النسخ فى اسم أبيه والصحيح عبيد الله كما هنا .

الصفة معارضة . والثانية لا يكتفى بها وان اكتفينا ببعض المخاوف عليه في الحث لان هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الاثر الا على تمام المؤثر وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المغنى .
والثالثة ان كانت الصفة تنفى قطعاً او تبعاً او تصديقاً او تكذيباً فهي كالبين وإلا فهي علة محضة فلا بد من وجودها بكاملها وهي طريقة صاحب المحرر . والقاضى يفرع على اختياره في هذه المسائل فقال فيما اذا قال لعبيده اذا اديتم الى الفأ فاتم احرار عتق كل واحد منهم بادا حصته ، وكذلك اذا قال لعبيده اذا دخلتم الدار فاتم احرار عتق من دخل منهم لان وجود الصفة تقوم مقام جميعها فتى ادى واحد منهم عتق هكذا ذكره في باب الكتابة ورده الشيخ مجد الدين وقال هو عندى خطأ يقينا لان هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة ههنا لم يصح ما قاله القاضى ولم يفرع على الاكتفاء ببعض الصفة إذ لو كان التفریع على ذلك لعتقوا كلهم باداء بعضهم لبعض الآف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضى وانما يتوجه ما قاله القاضى الى أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى الى حصصهم الآف فهو حر ، وهذا لا تعاق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات ، فانه نص في رواية مهنا في عبد بين رجلين قال له إذا متنا فانت حر ثم مات احدهما عتقت حصته فقط ، فاذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لانهما كالمعتقين على انفرادهما وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبى موسى وتعليل أبى بكر يدل على أنه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالوا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتناول القاضى ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة وزده الشيخ مجد الدين بان الصفة انما يكتفى ببعضها اذا كانت في معنى البين يقتضى حصاً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدم زيد فلا يكتفى فيه ببعض ، ونقل الاجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وإنما لم يسر الى نصيب صاحبه لأحد أمرين اما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو احدى الروايتين أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعليق العتق على صفة بعد الموت فان في صحته روايتين : احدهما يصح هذا التعليق ولا يعتق منه شيء ههنا حتى يموت الآخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ : والثانية لا يصح هذا التعليق ولا يعتق به شيء من العبد هاهنا لان كلا منهما علق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد الا بعد موته ، ولكن هاهنا قد يمكن اجتماع موتهما في آن واحد فلا يتوجه

ابطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعدهم وتى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتيه ان دخلتما هاتين الدارين أو كلمتما زيدا وعمروا فانتما طالقتان فكلمت احدهما زيدا والاخرى عمروا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكفى ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو احد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكفى في الحنث فلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويتخرج في مسألة التدبير السابقة ان تطلقها هنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الاخرى لان معنى كلامه من دخلت منكما دارا من هاتين الدارين فهي طالقتان ويتخرج من هذا القول هاهنا فيما اذا قال لها ان حضمتا فانتما طالقتان وجه أن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليهما بل يكفى ثبوت حيضها في حقها باقرارها . وكذلك في قوله ان شئتما فانتما طالقتان فشامت احدهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم حلف بطلاق احدهما انها تطلق . ومن العجب ان القاضي لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعاً أو كانت تعليقا محضاً ، ومقتضى قوله ان يطلقها هاهنا بما بوجود حيض احدهما ، ومشية احدهما ، والحلف بطلاق احدهما في هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الأربع اوقعت ينيكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الأربع أرباعاً ثم يكمل فيقع بين الثلاث جميعاً أو يوزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثه أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة على روايتين : والاولى اختيار أبي بكر والقاضي : والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب المغنى . قال لأن القسمة بالاجزاء انما تكون في المختلفات كالدور ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانها تقسم برء وسها ويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات ويمكن الاولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تتمع الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء ولهذا قيل في قسمة الاموال المشتركة انها بيع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاهنا بكل واحدة كما لو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد اخر فانه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قال انتن طوالق ثلاثا طالق كلهن ثلاثا ثلاثا نص عليه في رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً لأنه

أضاف الثلاث الى الجميع وفي الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهن أو عليهن. ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً لأن إضافة الثلاث اليهن لا ينافي أن يوزع الثلاث على مجموعهن لا على كل واحدة منهن. وما يدخل في هذا الباب قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الأصناف. وينبني على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة وفي ذلك روايتان أشهرهما أنه غير واجب. وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الأصناف منها أم لا قال ابن عقيل يجب ذلك لتحصل التوفية باستيعاب الأصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية. وقال القاضي يستحب ذلك ولا يجب لأن حق بقية الأصناف يسقط باعطاء الملاك لهم وأيضاً فليس في الآية إيجاب الاستيعاب لصدقات كل عام فيجوز تعويضهم في كل عام آخر، وما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية) الآية هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع [نسائهم وتوزيعه مع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين مجموع] (١) نسائه المظاهر منهم؟ قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثاني واستدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة وكذلك قال في قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم) إلى آخر الآية، أن المراد حرمت على كل واحد بناته وأخواته وعماته وخالاته فاما الأمهات فجعلها في مقابلة الأفراد بالأفراد قال لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد وأما ما احتمل الجمع في مقابلة الواحد فإنه عمل حيلة، والظاهر والله أعلم أن الكل بما قبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة وإن المعنى حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً

﴿ القاعدة الرابعة عشر بعد المائة ﴾

إطلاق الشريعة هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يقتصر إلى تفسيره فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص في البيع. والذي ذكره الأصحاب في الإقرار أنه مبهم وكذلك صرح به ابن عقيل في نظرياته مختاراً له. وقال القاضي في المجرد في البيع في خلافه أيضاً ينزل على المناصفة (٢) وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالنشاطر يحتمل وجهين وكلام الأصحاب يدل على النشاطر،

(١) الزيادة عن نسخة ٧١١ (٢) فيها على المفاضلة

ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال لمشتري سلعة اشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجهالة على وجهين ذكرهما في التلخيص ، والمجزم به في المحرر الصحة تنزيلا على المناصفة (ومنها) لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان أو هو شريكي ، فيه وجهان المجزم في الاقرار بالا بهام ويرجع في تفسيره اليه وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضي في خلافه هو بينهما نصفين (ومنها) لو أوقع طلاقا ثلاثا بامرأة له ثم قال للآخرى شركتك معها فان قلنا بالمناصفة اقتضى وقوع اثنتين وان قلنا بالا بهام لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك ويحتمل أن يقع ثلاثا بناء على [أن] الشركة تقتضى الاستحقاق من كل جزء وقد يقال هذا انما يمكن في التمليكات دون الطلاق فان حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن لحمل على استحقاق نظيره أما لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك مثل نصف ما لهم أو مثل واحد منهم على وجهين ذكرهما القاضي في البيع وبني عليهما لو اشترى اثنان شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه على وجهين ، وخرج صاحب الترغيب والشيخ مجد الدين في المسودة الوجهين فيما اذا قال لثلاث نسوة أو وقعت بينكن طلاقا ثم قال لرابعة أشركتكم معهن هل يقع بها طلاق واحد أو طلقتين على الوجهين .

﴿ القاعدة الخامسة عشر بعد المائة ﴾

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان : احدهما ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجمعية الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع . والثاني ما يستحق كل واحد من الحق بمحضته خاصة وللأول أمثلة كثيرة :

(منها) الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكاملها فاذا عفى احدى عن حقه توفر على الباقي (ومنها) غرماء المفلس الذي لا يفي ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشفعاء (ومنها) الاولياء المتساوون في النكاح (ومنها) العصابات المجتمعون في الميراث . ويتفرع على ذلك لو اجتمع اثنان نصف كل واحد منهما حر فهل يستحقان المال كله أم لا على وجهين . أحدهما يستحقان جميع المال رجحه القاضي والسامري وطائفة من الاصحاب ، وله مأخذان احدهما جمع الحرية فيها فيملك بها حرية ابن وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره والثاني أن حق كل واحد منهما مع كمال حرية في جميع المال لا في نصفه وانما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له . وحيث قد أخذ كل واحد

منهما نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حريته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية والوجه الثاني لا يستحقان المال كله لثلاثتوى [حال] حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلا لهما حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلا لهما ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للأصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار أبيه . وقيل يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم وهو اختيار أبي بكر والقاضى في خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذى ذكره ابراهيم الحربى فى كتاب الفرائض واختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذى حجب عنه الأم يستحقه كله وإنما يتنصف عايه ماعداه (ومنها) ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون فى فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا اذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنا الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أصحهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه ، والثانى يستحق نصفه وله ماخذان : احدهما أن أم الأب تحجبها عن السدس الى نصفه فلا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر ، فان حجب (١) الأم إنما هو بطريق المزاحمة ولا مزاحمة هنا وحجب الأخوة للأم ليس بالمزاحمة فانهم لا يشاركونها فى فرضها وإنما وجودهم هو مقتضى لتنقيص فرضها .

والثانى أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لاعلى الأخرى ، ورد بان ولد الأم يحجبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يجاب عنه بأن ولدا الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا (ومنها) الوصايا المزدحمة فى عين أو مقدار من المال فان حق كل واحد منهم فى مجموع وصيته وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة فاذا رد بعضهم توفر على الباقي وان أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجازله القدر الذى كان يأخذه فى حال الاجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى فى الوصية كله ان أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله اليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره فيه وجهان ، صحح صاحب المحرر الثانى ومن رجع الأول قال القدر المراحم به كان حقاً للمراحم فاذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأول ما ذكره الخزرقى وابن حامد والقاضى والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله وآخر بثلث

ماله فان أجازته الورثة فلبوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه ازماحة الآخر له فيه واصحاب الثالث ربع العبد وثالث باقى المال وان ردوا قسم الثلث بينهما نصفين فياخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد وياخذ الآخر سدس العبد وسدس باقى المال لزوال المزماحة بالرد فامكن وصول كل منهما الى نصف مسمى له كاملاً فلا ينقص منه ، وخرج صاحب المحرر وجهاً آخر من الوجه الثانى فى المسألة التى قبلها أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كان يقتسمان وصيتهما حال الاجازة فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد وهو اختيار صاحب المغنى تسوية [بينهما] فى الرد والاجازة ، وفى تخريج هذا من المسألة التى قبلها نظر لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على أحدهما توفير ما كان ياخذ به المزماحة عليهم كما لو اجازوا لصاحب الوصية بالكل وردوا على الموصى له بالثلث فلو أعطينا صاحب الكل ماردوه على صاحب الثلث لم يبق فى ردهم فائدة لهم . وهنا لا يخرج عنهم سوى الثلث فينبغى أن تقسم الوصيتان على قدرهما عملاً بمراد الموصى من التسوية حيث أمكن ولا ضرر على الورثة فى ذلك (ومنها) استحقاق الغائبين من الغنيمة متى رد بعضهم توفر على الباقين وسواء قلنا ملكوه بالاسيلاء أو لم يملكوه (ومنها) الموقوف عليهم اذا رد بعضهم توفر على الباقين كما لو مات بعضهم وقد سبقت (ومنها) حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فاذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاؤه .

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

(منها) عقود التمليكات المضافة الى عدد فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم هاهنا حالتان : أحدهما أن يكون التمليك بعوض مثل أن يبيع من رجلين عبداً أو عبيدين بثلث فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان لاثنتين عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معينا بثلث واحد ففى صحة البيع وجهان أصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبدین ، وذكر القاضى وابن عقيل وجهاً آخر أنهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجاً من أحد الوجهين فيما اذا تزوج أربعا فى عقد بمهر واحد أو خالعين بعوض واحد أنه يكون بينهما أرباعاً وهو هاهنا بعيد جداً لأن البضع ليس بمال محض فكيف سوى به الاموال المبتغى بها الارباح والتكسب وخرجاه أيضاً الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة فيها معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة بقياس كلام الأصحاب في التملك بعوض أنهم يتساوون في ملكه ، وحكى صاحب المغني فيما اذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدى عشرة مساكين فقال هو بينكم بالسوية قبلوه ، ثلاثة أوجه : أحدها هو الذى جزم به أولاً أنه يجزئه لأنه ملكهم التصرف فيه والاتفاق به قبل القسمة كما لو دفع دين غرمائه بينهم . والثاني وحكاه عن ابن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكماً . والثالث وحكاه عن القاضى أنه ان علم أنه وصل اليه الى كل واحد قدر حقه أجزأ والا لم يجزه هذا ما ذكره . وأصل ذلك ما قاله القاضى في المجرد اذا أفرد ستين مداً وقال لستين مسكيناً خذوها فأخذوها أو قال كلوها ولم يقل بالسوية أو قال قد ملكتموها بالسوية فأخذوها . فقال شيخنا أبو عبد الله بن حامد : يجزئه لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية فإن عرف أنها وصلت اليهم بالسوية أجزأه وإن علم التفاضل فمن حصل معه التفضيل فقد أخذ زيادة ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله وإن لم يعلم كيف وصل اليهم لم يجزئه وعليه استئنافها (١) لأنه لم يعلم قدر ما وصل الى كل واحد بعينه انتهى . فحكى السكلى عن ابن حامد وصاحب المغني جعل الاجزاء مطلقاً قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضى وليس كذلك وكذلك استشكل الشيخ محمد الدين ما وقع في المجرد وقال لعله وقع غلط في النسخة وليس كذلك أيضاً فاني نقلت ما ذكرته من أصل القاضى بخطه ثم قال عندى أنا ان قلنا ملكوها بالتخلى وأنها قبض أجزأته بكل حال قال ولعل هذا اختيار ابن حامد وهذا بعيد جداً بل اختيار ابن حامد عكسه وإن الهبة والصدقة لا تملك بدون قبض ، وقد قدمنا ذلك عنه في مسائل القبوض وإن القبض في المنقول بالنقل فيتوجه على هذا أنه لا بد من تحقيق قبض كل واحد لمقدار ما يجزى ، دفعه اليه لأنه لم يملكه بدونه ولا عبرة بالايجاب لهم بالسوية وما حكاه القاضى عن ابن حامد يشعر بان اطلاق قوله خذوها هذا وهو لكم لا يحمل على التسوية ، فانه انما علل بان التسوية حكم الكفارة وهذا مخالف لما قرره في عقود المعاوضات وأما ما حكاه في المغني من طرد الخلاف فيما لو قال هو بينكم بالسوية أو اقتصر على قوله هو بينكم البتة فليس ذلك في كلام القاضى ويتخرج ذلك على أصل وهو أن اطلاق البينة هل يقتضى التساوى أم لا ؟ وفي المسألة وجهان : أحدهما أنه يقتضيه وهو الذى ذكره الأصحاب في المضاربة اذا قال خذ هذا المال فاتجر فيه والربح بيننا انهما يتساويان فيه وصرح القاضى وابن عقيل والأصحاب في مسألة المضاربة في أن اطلاق الاقرار بشئ . انه بينه وبين زيد

(١) في نسختنا استئنافهم والتصحيح عن ٧١١ .

يتنزل على المناصفة أيضا ، وكذلك صرحوا به في الوصايا اذا قال وصيت لفلان وفلان بمائة بينهما أن لكل واحد خمسين ، ونص عليه أحد في رواية ابن منصور فيمن قال بين فلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت ليس للحي الا خمسون درهما وكذلك لو قال لفلان وفلان مائة درهم واحدهما ميت وانكر قول سفيان بالفرقة بينهما ، وهذا تصريح بان اطلاق الوصية يتنزل على التساوي كما قال بينهما : والوجه الثاني أن اطلاق اليئة لا تقتضي التساوي وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في مسألة الاقرار في كتاب البيع وكذلك ذكره ابو الخطاب في الاقرار وصاحبا المغني والمحرم (ومنها) القصاص المستحق لجماعة بقتل موروهم يستحق كل واحد منهم بالحصصة فن عفى منهم سقط حقه وسقط الباقي لانه لا يتبعض . وهاهنا صور مختلف فيها هل يلحق بالنوع الاول أو الثاني كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمشركين في قتل آدمي أو صيد [محرم] أو في الوطء في الحج أو في الصيام هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والكفارة ؟ وكذلك عقود التوثقات كالرهن والضمان والكفالة وقد سبق ذكرها .

(القاعدة السادسة عشر بعد المائة)

من امتد تملكه الى سبب مستقر لا يمكن ابطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل ينعطف احكام ملكه الى [أول] وقت انعقاد السبب ويثبت احكامه من حينئذ أم لا يثبت إلا من حين ثبوت الملك فيه خلاف وللمسألة أمثلة كثيرة :

(منها) ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة وتم نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر وفيه وجهان سبق ذكرهما (ومنها) ملك الموصى له اذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا وفيه خلاف معروف (ومنها) اذا تملك المالك للأرض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه فهل يجب زكاته عليه أم على الغاصب على وجهين وقد سبق في بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك (ومنها) الفسخ بالعيب والخيار فانه يستند الى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف (ومنها) دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب [بعد] الموت أو على ملك الموروث لأن سببها وجد في حياته على روايتين معروفتين وحكى ابن الزاغوني في الاقناع الروايتين في القصاص أيضا هل هو واجب للورثة ابتداء أو موروث عن الميت (ومنها) اذا انعقد سبب المالك أو الضمان في الحياة وتحقق بعد الموت كمن نصب شبكة فوقه فيها صيد بعد [موته] أو عثر بها انسان فقيه خلاف سبق ذكره (ومنها) [اذا كاتب عبدا ثم مات ولم (٣٤ - قواعد)

يؤدى اليه شيئاً فاد الى وراثته وعق فحل الولاء للسيد الذى كاتبه لان عقادسيه في ملكه أو للورثة المؤدى اليهم لتحقيق السبب في ملكهم على روايتين والمذهب أن الولاء للسيد الاول [(ومنها) اذا كاتب المكاتب عبداً فادى اليه وعق قبل أدائه أو اعتقه بمال وقلنا له ذلك في ولايته وجهان أحدهما أنه للسيد الاول وهو محكى عن ابى بكر لثبوت الولاء على هذا العتق في حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى : والثانى هو موقوف فان أدى المكاتب الاول وعق فالولاء له لان عقاده له قبل عتقه وهو قول القاضى في المجرد ورجح في الخلاف قول أبى بكر حتى حكى عنه أنه لو عتق المكاتب الاول قبل الثانى فالولاء للسيد لان عقاد سبب الولاء له حيث كان المكاتب ليس اهلاً له وكلام أبى بكر انما يدل على استقرار الولاء للسيد اذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز باذنه وأما ما وقع بغير اذنه فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الاول فينبغى أن يكون الولاء له كولاء ذوى رحمه والذين اشترام في حال الكتابة ، وأما العبد القن اذا اعتق باذن سيده بما ملكه وقلنا بملكه فحكى صاحب المغنى عن طلحة العاتولى من اصحابنا انه موقوف فان عتق فالولاء له وان مات قناً فهو للسيد . وفي المجرد للقاضى ان الولاء للسيد مطلقاً ونص احمد في رواية ابن منصور في عبد اذن له سيده أن يتباع عبداً أو يعتقه أن ولأه لسيده وقال اذا اذنوا له فكأنهم هم المعتقون وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب باذن سيده وعتقه بدونه كما سبق ويحتمل أن يكون مخرجا على قوله ان العبد لا يملك وانه أعتقه باذن سيده بطريق الوكالة ثم ليس في نفيه أن العبد عتق بعد ذلك وانما فيه أن سيده باعه . ويشبه هذه المسائل اذا اسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة واسلمن معه واختار منهن أربعاً انفسخ نكاح البواق وهل يبتدئن الغدة من حين الاختيار لأن نكاحهن انما انفسخ به او من حين الاسلام لانه السبب على وجهين . فاما تصرف الفضولى اذا قلنا يقف على الاجازة فاجازة من عقده فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون النماء له أم من حين الاجازة على وجهين : أحدهما من حين العقد وبه قطع القاضى في الجامع وصاحب المغنى في مسألة نكاح الفضولى : والثانى من حين الاجازة وبه جزم صاحب النهاية ولكن السبب هنا غير مستقر لا مكان زواله بالرد ويشهد للوجه الثانى أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختاف فيه انما يفيد صحة المحكوم به وان عقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلا . ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التى يكتفى بمحصول بعض شرائطها فى أثناء وقتها اذا وجد الشرط فى اثنائها فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها أم لا فيه خلاف أيضاً وينبنى عليه مسائل (منها) اذا نوى الصائم المتطوع الصوم من اثناء النهار فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثاب على صومه الا من

حين النية على وجهين والثاني ظاهر كلام أحمد (ومنها) اذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الاسلام على روايتين اشهرهما الاجزاء فقليل لأن احرامهما انعقد مراعى لأنه قابل للنقل والانقلاب، وقيل بل بقدر ماضى منه كالمعدوم ويكتفى بالموجود منه، وقيل ان قلنا الاحرام شرط محض كالطهارة للصلاة اكتفى بالموجود منه وان قيل هو ركن لم يكتف به .

﴿ القاعدة السابعة عشر بعد المائة ﴾

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين اذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع في المسألة قولان إلا ان يقتضى اعتبار أحدهما الى ما هو بمنع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) الوصية لمن هو في الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس والمذهب ان الاعتبار بحال الموت ولم يحك إلا كثرون فيه خلافاً فان الوصية للورثة لا يمكن أن تلزم والوصية للاجنبي بالثلث فما دون لا يمكن ان تقف على الاجازة ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً في الاعتبار بحال الوصية كما حكى ابو بكر وابو الخطاب رواية أن الوصية في حال الصحة (١) من رأس المال ولا يصح عن أحمد وإنما أراد به العطية المنجزة كذلك قال القاضي وغيره (ومنها) اذا علق عتق عبده في صحته بشرط فوجد في مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال على وجهين، وحك القاضي في خلافه روايتين واختار أبو بكر وابن أبي موسى أنه يعتق من الثلث وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق فان كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف وقد نص عليه أحمد في رواية صالح أنه إذا قال لامرأته أنت كذا وكذا ان لم أخرج إلى البصرة وقال لم تكن لى نية في تعجيل ذلك فلا تطلق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج فيه . وكذلك لو قال غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا فلم يكن له نية فلا يعتق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الذى قال فاذا طلقت ورثته واعتدت واذا عتق كان من ثلثه وهكذا حكم ما اذا أعتق حمل أمته في صحته ثم وضعته في مرضه وقلنا لا يعتق الحمل الا بعد الوضع (ومنها) اذا علق طلاق امرأته في صحة على صفة فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا على روايتين والمنصوص أنها ترثه في رواية صالح ومنها والاخرى مخرجة من مسألة قذفها في الصحة وملاعنتها في المرض (ومنها) اذا

(١) في نسختنا : حال الصبي

أوصى إلى فاسق وصار عدلاً عند الموت فهل يصح الوصية بناء على قولنا لا يصح الإيصاء إلى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل يدخل ملك الانقاض في الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكر ذلك أبو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجته إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين حيث لم يكن مالها حال التعليق لاكثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فانه يقع الطلاق بدعيًا لا بمعنى الائم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأصحاب فيه خلافاً، ولو قال إن قمت فانت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعيًا قال في رعاية الاختصار مباح وفي الترغيب بدعي.

(القاعدة الثامنة عشر بعد المائة)

تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صحح والا لم يصح إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه هذا مقتضى قواعد المذهب، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا علق الطلاق بالنكاح فالمذهب المنصوص عن أحمد انه لا يصح لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد . واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجته ان لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليه بنكاحها هل يصح ام لا على روايتين لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها فن الأصحاب من خص الخلاف بهذه الصورة ولم يخرج ومنهم من خرج في الكل روايتين . هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق في نكاحه فان كانت في نكاحه حينئذ وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد فنص أحمد في رواية ابن منصور وغيره على انه يصح هذا التعليق وحكاه القاضي في المجرد عن أبي بكر ورجحه ابن عقيل لأن التعليق هنا في نكاح ومن أصلنا ان الصفة المطلقة تتناول جميع الانكحة باطلاقها وتعود الصفة فيها فكيف اذا قيدت بنكاح معين ولو علقه في ملك يمينه لآمته على نكاحها بعد عتقها فنص أحمد في رواية ابن هانئ على أنه يصح معللاً بان ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء فلا

يكون التعليق كتعليق نكاح الاجنبية وكذلك (١) نص فيمن أعتق أمته ثم قال لها متصلا بعقها ان نكحتك فان طالق انه يصح لانه في هذه الحال يملك عقد النكاح عليها قهرا فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فلذلك انعقدت فيه الصفة (ومنها) تعليق العتق بالملك والمذهب المنصوص صحته لان الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذى الرحم وغيره والخلال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافاً وابن حامد والقاضي يحكيان في ذلك روايتين (ومنها) تعليق النذر بالملك مثل ان رزقني الله مالا فله على أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح ونقل الشيخ تقي الدين (٢) عليه بالاتفاق وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن) الآيات (ومنها) تعليق فسخ الوكالة على وجودها أو تعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية ، وقد ذكر صاحب التلخيص ان قياس المذهب صحة ذلك بناء على ان الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها وقال الشيخ تقي الدين لا يصح لانه يؤدي الى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وانما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها (ومنها) تعلق فسخ البيع بالاقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالعيب على وجود النكاح وقد صرح الأصحاب بطلان ذلك منهم القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب معلمي بانه وقع العقد (٣) قبل عقده ، ومنهم من يعلل بان الفسوخ لا تقبل التعليق وقد صرح كثير منهم كالقاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني بهذا المأخذ وهو مخالف لما نص عليه أحمد في مسألة ان جئت بالثمن الى كذا وكذا والافلايح بيننا انه يصح ويكون تعلقا للفسخ على شرط وقد صرح القاضي في جوازه في البيع خاصة في خلافه ومن المتأخرين من صرح به في فسخ الاجارة أيضاً (ومنها) تعليق فسخ التدبير بوجوده وصرح القاضي في المجرد بامتناعه فيما اذا قال لامته المدبرة ظمنا ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره فقال لا يكون رجوعاً لان الرجوع انما يصح في تدبير موجود هذا بعد ما خلق فكيف يكون رجوعاً كما لو قال لعبده متى دبرتك فقد رجعت لم يصح ، هذا لفظه .

(القاعدة التاسعة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض افراده بحكم موافق الاول أو مخالف له فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم

(١) في ٧١٢ ؛ ولذلك (٢) في ٧١١ : مجد الدين (٣) في ٧١٢ : دفع للعقد

ويتعدد سبب الاستحقاق مع ابقائه (١) هذا على قسمين :

أحدهما أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل فالمذهب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام وسواء إن كان ذلك الحكم مما يمكن الرجوع عنه كالوصايا أو لا يمكن كالأقرار ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال هذه الدار لزيد ولى منها هذا البيت قبل ولم يدخل البيت في الأقرار صرح به الأصحاب ، ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة كان له على وقصيته أنه لا يقبل منه في القضاء أن لا يقبل هاهنا أفراد البيت لأن ماخذه ان المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها فهي دعوى مستقلة كما قالوا في قوله أنت طالق وعليك ألف أنها تطلق بغير عوض بخلاف الاستثناء والصفات فإنها مع ما قبلها شيء واحد والصحيح الأول وان المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة وهو المنصوص عن أحمد وأما أنت طالق وعليك ألف ففيها روايتان ومأخذ الوقوع بغير عوض مذكروه (ومنها) لو وصى لزيد بشيء وللمساكين بشيء وهو مسكين فانه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ وعلى بن سعيد ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيدا لا يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة وان كان مسكينا مع أن ابن عقيل في فتونه حكي عنه أنه خرج وجهاً آخر بمشاركتهم اذا كان مسكينا (ومنها) لو وصى لزيد بخاتم وبفصه لآخر أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكنها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي انفراد كل واحد بما وصى له به صريحاً فقال أبو بكر في الشافى لكل واحد منهما ما وصى له به لا يشاركه الآخر فيه وحمله الشيخ مجد الدين على أنه كان في كلام واحد متصل واخذه من مسألة الأقرار السابقة والمنصوص عن أحمد هاهنا التوقف . قال منها : سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل ثم أوصى به لآخر قال هذه مشكلة فقلت له فان ناساً يقولون يكون العبد بينهم نصفين قال لا فقلت له فان أوصى بدار لرجل وأوصى بغلتها لآخر فقال هذه مثل تلك فقلت لأبي عبد الله انه أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفص لآخر فقال وهذه أيضاً مثل تلك ولم يخبرني فيهم بشيء فتوقف في المسألة وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد اذا أوصى به لاثنتين وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنتين فدل على أنه لا اشتراك في الفص والغلة وظاهر كلامه أنه يكون للوصى له به بخصوصه لكن هذا قد يكون ما أخذه أن الوصية الثانية

(١) في نسختي الدار : مع اتفاقه

رجوع عن الأولى كما أشعر به كلامه في العبد والمشهور في المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لا يكون رجوعاً بل يشتركان فيها كما نص عليه أحمد في الوصية بالأجزاء المنسوبة كالثالث ونحوه (ومنها) لو وصى لرجل بثلته ووصى لآخر بقدر منه قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب في رجل قال ثلثي هذا لفلان ويعطى فلان منه مائة درهم في كل شهر إلى أن يموت قال هو للآخر منهما قيل كيف ؟ قال لأن الوصية رجعت إلى الذي قال ويعطى هذا منه كل شهر وإذا مات هذا أو فضل شيء يرد إلى صاحب الثلث وظاهر هذه الرواية تدل على تقدم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب لانهما كالخاصة والعامة وكتب القاضي بخطه على حاشية الجامع للخلال ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضي الرجوع عن الأولى لأن الثانية تستغرق جميع المال إذ العمر ليس له حد معروف . قال وقد قيل لا يكون رجوعاً ويقسم الثلث على أربعة للوصى له بالثلث سهم وثلاثة للآخر كما لو وصى لرجل بماله ولآخر بثلته انتهى . وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف لأن أحمد رد الفاضل عن النفقة إلى الأول وهذا يبطل أنه رجوع ولأن الوصية للثاني إنما هي من الثلث فكيف تكون وصية بالمال كله فتعين حملها على ما قدمناه أولاً . فاما المسألة التي ذكرها الخرقى في كتابه وهي إذا أوصى لرجل بمعين من ماله كعبد ولاخر بجزء مشاع منه كالثالث أن الوصيتين يزدهمان في المعين مع الإجازة كما لو وصى به لاثنتين وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضي والأصحاب ، فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين ولا إشكال على هذا وإن حل على إطلاقه وهو الذي اقتضاه كلام الأئمة كثيرين فهو وجه آخر ونصوص أحمد وأصوله تخالفه كمنعه في رواية منها في الوصية بالعبد لاثنتين ونصه على أن من وصى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وزيد من جيرانه أنه لا يستحق من الوصية للجيران شيئاً ، وقد ذكر ابن حامد أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقى وأنكروها عليه ونسبوه إلى التفرد بها .

القسم الثاني : أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين فهنا حالتان : أحدهما أن يكون المتكلم بها لا يمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالأقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض في الشهادات ولا يكون الإقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الأول هكذا ذكره غير واحد المتأخرين مع أن كلام أحمد وأبي بكر عبد العزيز في أن الخاص لا يدخل في العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره ، وقد يقال إن الخاص لا يدخل في العام مطلقاً وبدون تخصيصه بالذكر ، قرينة مخرجة من العموم ما لم يعارض ذلك قرينة تقتضي دخوله فيه وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقاً فإذا تعارض دلالة العام ودلالة الخاص في شيء واحد فهل ترجع دلالة الخاص أم

يتساويان ذكر ابن عقيل في الواضح أنهما يتساويان وذكر أبو الخطاب في التمهيد أنه يقدم دلالة الخاص وهذا هو الذي ذكره القاضي وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد وفي مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض وإن علم تقدم الخاص حتى قال أبو الخطاب وغيره لا يجوز أن ينسخ العام الخاص لأنه ليس بمساو له : والحالة الثانية أن يكون الرجوع ممكناً كالوصية وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام الخاص في كلام الشارع في الأحكام وفي ذلك ثلاث روايات : أشهرهن تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم : والثانية أن جهل التاريخ فكذلك والاقدم المتأخر منهما . والثالثة أن إن علم التاريخ عمل بالتأخر وإن جهل تعارضاً ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان

إحدهما : إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقير والمسكنة فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة نص عليه أحمد ويترفع على ذلك مسائل (منها) إذا وصى لزيد بشيء [ولجير أنه بشيء وهو من الجير أن فإنه لا يعطى من نصيب الجير إن (ومنها) إذا وصى لزيد بشيء] وللفقراء بشيء وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص أحمد على الصورتين وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل في فتونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العالة (ومنها) لو وصى لأقاربه بشيء ووصى أن يكفر عنه بإيمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك في رواية ساح (ومنها) لو وصى للفقراء وورثه فقراء لم يجز لهم الأخذ من الوصية نص عليه في رواية حرب . وقال الوارث لا يصرف في المال مرتين إذا كان وارث لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على أن الوارث لا يحج عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضي على منعه من أخذ الزائد عن نفقة المثل فاما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة .

القاعدة الثانية : إذا اجتمعت صفات في عين فهل يتعدد الاستحقاق بها كالأعيان المتعددة المشهور في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور (منها) الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها (ومنها) الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة (ومنها) الأخذ من الصدقات المنذورة والفقير والوقوف (ومنها) الموارث بأسباب متعددة كالزوج ابن عم وابن العم إذا كان أخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرايتين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدلى بنسبين فإنهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنها) في تعليق الطلاق كما لو قال إن كلمت رجلاً [فانت طالق وإن كلمت فقيها فانت طالق وإن كلمت أسود فانت طالق فكلمت

رجلا [فقيها أسود طلقت ثلاثاً، وكذا لو قال ان ولدت ولد أفانت طالق وإن ولدت اثني فانت طالق فولدت اثني طلقت طلقين . وقال الشيخ تقي الدين : لا تطلق إلا طلقة واحدة في المسائل كلها مع الاطلاق لأن الاظهر من مراد الحالف انت طالق سواء ولدت ذكراً أو اثني وسواء كلمت رجلاً أو فقيهاً أو أسود فينزل الاطلاق عليه لاشتهاره في العرف الا أن ينوى خلافه، ونص الإمام احمد في رواية ابن منصور فيمن قال لأمراة أنت طالق طلقة ان ولدت ذكراً وطلقتين ان ولدت اثني فولدت ذكراً واثني انه على مانوى، انما أراد ولادة واحدة وانكر قول سفيان انه يقع عليها فالاول معلق به وتبين بالثاني ولا تطلق به وقول سفيان هو الذي عليه اصحابنا ابوبكر وابو حفص والقاضي وأصحابه وكذلك ابن حامد وزاد انها تطلق بالثاني أيضاً، والمنصوص اصح لأن الحالف انما حلف على حمل واحد وولادة واحدة والغالب أنه لا يكون إلا ولداً واحداً لكنه لما كان ذكراً مرة واثني اخرى نوع التعليق عليه فاذا ولدت هذا الحمل ذكراً واثني لم يقع به المعلق بالذكر والاثني جميعاً بل المعلق باحدهما فقط لأنه لم يقصد الا ايقاع احد الطلاقين وانما رده لتردده في كون المولود ذكراً أو اثني ، وينبغي أن يقع اكثر الطلاقين اذا كان القصد تطليقها بهذا الوضع سواء كان ذكراً أو اثني لكنه أوقع بولادة احدهما اكثر من الآخر فيقع به اكثر المعلقين

• تنبيه . اذا كانت الجهة واحدة لم تعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية اليها كالوصية لقربته اذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقرابة واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للاخوة أنه يستوى الاخوة للابوين والاخوة للاب والاخوة للام لان الكل مشتركون في جهة الاخوة فلا عبرة بتعدد الجهات الموصلة اليها .

(القاعدة العشرون بعد المائة)

يرجح ذو القربتين على ذى القرابة الواحدة ، وإن لم تكن احدهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل :

(منها) في الاخ للابوين على الاخ للاب في الميراث بالولاء . رواية واحدة ، وخرج ابن الزاغوني في كتابه التلخيص في الفرائض رواية أخرى باشتراكه في مسألة النكاح (ومنها) تقديم الاخ للابوين على الاخ للاب في ولاية النكاح في احدي الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغنى (ومنها) تقديمه عليه في حمل العاقلة وفيه الروايتان (ومنها) تقديمه عليه في الصلاة على

الجنابة وفيه الروايتان أيضاً (ومنها) في الوقف المقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ
للابوين على الاخ للائب صرح به القاضي والاصحاب في الوصية ، وعللوا بان الانفراد بالقرابة
كالتقدم (١) بدرجة ، وخالف الشيخ تقى الدين في الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن
استحقاق الوقف .

﴿ القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة ﴾

في تخصيص العموم بالعرف وله صورتان : احدهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام
في بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم بغير خلاف . فلو حلف لا ياكل
شواء اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض وغيره مما يشوى ، وكذلك لو حلف على لفظ
الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك ، دون الآدمي والسماء
والشمس والجبل فان هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً : الصورة الثانية أن لا يكون كذلك
وهو نوعان . أحدهما ما لا يطلق عليه الاسم العام الا مقيداً به ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل في العموم
بغير خلاف نعله فخييار شبر وتمر هندي لا يدخلان في مطلق الثمر والخيار ذكره القاضي في
خلافه ، ونظيره ماء الورد لا يدخل في اسم الماء المطلق . والنوع الثاني ما يطلق عليه الاسم العام لكن
الاكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الاطلاق دخوله فيه ، فقيه وجهان
ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) لو حلف لا ياكل الروس فقال القاضي يحنث باكل كل ما يسمى رأساً من رموس
الطيور والسمك ونقله في موضع عن أحمد ، وقال في موضع العرف يعتبر في تعميم الخاص لا في
تخصيص العام . وقال أبو الخطاب لا يحنث الا برأس يؤكل في العادة مفرداً وكذلك ذكر القاضي
في موضع من خلافه أن يمينه تختص بما يسمى رأساً عرفاً وحكى ابن الزاغوني في الاقتناع روايتين
احدهما يحنث باكل كل رأس والثانية لا يحنث الا باكل رأس بهيمة الانعام خاصة وعزى الأولى
إلى الخرق وفي الترغيب ذكر الوجه الثاني أنه لا يحنث الا باكل رأس ببيع مفرداً الا كل عادة
قال فان جرت عادة قوم باكل رؤوس الطباء حنث به في ذلك المكان وفي وغيره وجهان مأخذهما
هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الخالف انتهى (ومنها) لو حلف لا ياكل البيض فهو على الوجهين
أيضاً فيحنث عند القاضي باكل بيض السمك وغيره ولا يحنث عند أبي الخطاب الا باكل بيض
(١) كذا في نسختي الدار . وفي أصلنا : كالتعدد .

يزايل بايضة (١) في حياته وزعم صاحب الكافي أن التخصيص هنا إنما كان إضافة الاكل الى الرءوس والبيض حيث كانت العادة تختص بعض أنواعها وظاهر كلامه أنه لو علق حكماً سوى الاكل لم يغير خلاف وفيه نظر (ومنها) لو حلف لا يأكل اللحم فاكل اللحم السمك ففيه وجهان أيضاً: وقال أحمد في رواية صالح هو على نيته. قال القاضي معناه إن نوى لحماً بعينه لم يحث باكل غيره مع الاطلاق وهو قول الخرقى، وقال ابن أبى موسى لا يحث مع الاطلاق وإنما يحذف بادخاله بالنية ولعله ظاهر كلام أحمد (ومنها) لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً فالمنصوص في رواية مهنا أنه يحث وأنه لا يرجع في ذلك إلى نية واستدل بان المسجد والحمام يسمى بيتاً بالكتاب والسنة وهذا يخالف نصه في رواية صالح في لحم السمك فيخرج له في المسئلة روايتان، وخرج الاصحاب في هذا وجهاً بعدم الحث وخرجه صاحب المحرر من نصه الآتى فيمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالا وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فرس سفينة (ومنها) لو حلف لا يشم الريحان فقال القاضي يختص بيمينه بالفارسي لأنه المسمى بالريحان عرفاً، وقال أبو الخطاب وغيره يحث بكل نبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة وهذا يعاكس قولهما في مسئلة الرءوس والبيض (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم بقر فهل يحث باكل لحم بقر الوحش على وجهين ذكرهما في الترغيب وخرجهما من وجهين. حكاهما فيما اذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً هل يحث أم لا؟ والخلاف ههنا يقرب أخذه من مسئلة وجوب الزكاة في بقر الوحش والحث في مسئلة الركوب أضعف لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي ويشبه هذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشى بين يدي المصلى هل يقطع صلاته أم لا؟ وقد حكاه أبو البقاء في شرح الهداية (ومنها) لو حلف لا يتكلم فقرأ أو سبح هل يحث أولاً المشهور أنه لا يحث وتوقف أحمد في رواية (ومنها) لو حلف بعق عبيده أو أعتقهم منجزاً فقال الخرقى وأبو بكر يتناول القن والمدير والمكاتب وأم الولد وأشقاصه وزاد القاضي عبيد عبده التاجر. ونص عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور وخرج القاضي رواية بعدم دخول المكاتب بدون نية من رواية مهنا في الأشقاص أنهم لا يدخلون في عتق المماليك إلا أن ينوبهم ومأخذه أنهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفاً، ولو قيل إن أم الولد كذلك لم يبعد (ومنها) لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذره نذر تبرر فانه يتصدق بثلاث جميع ماله عند الاصحاب، ونقل الأثر عن أحمد أنه سئل هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك فقال ذلك على قدر مانوى وعلى قدر مخرج

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الأعراب يسمون الأبل والغنم الأموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الأرضين فلو أن أعرابيا قال مالي صدقة أليس كذا أنا خذه بأبله أو نحو هذا قال القاضي في خلافه فظاهر هذا أنه يرجع الى نيته في ذلك فان أطلق يرجع إلى عرف الإطلاق عند النادر . وقال أحمد أيضاً في رواية صالح إذا قال جاريتي حرة ان لم أصنع كذا وكذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق وإذا قال مالي في المساكين لم يدخل فيه جاريتي . قال القاضي فظاهر هذا ان الأمة لا تدخل في عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصاً صريحاً ولا ظاهراً (ومنها) لو حلف لا مال له وله مال غير زكوى فقال الأصحاب يحنث واخذه من المسئلة التي قبلها قال ابن الزاغوني في الاقتناع وظاهر كلام أحمد أنه لا يحنث لانه قال في رواية الحرب (١) نحن لا نعد الدار والثياب والخادم مالا .

(القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة)

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك في مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه أو أهل بيته قال أحمد في رواية ابن القاسم إذا قال لاهل بيتي أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل ان كان يصل عمته وخالته ونقل سندی نحوه . وقال في رواية صالح في الوصية لاهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فان كان لا يصل قرابته من قبل أمه فاهل بيته من قبل أبيه ، واختلف الأصحاب في حكاية هذه الرواية على طريقتين . أحدهما انها رواية ثالثة في قرابة الام خاصة انهم لا يدخلون في الوصية الا ان كان يصلهم في حياته وهذه طريقة القاضي في المجرّد . والطريق الثاني انها هي المذهب وان الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكل حال فان لم تكن له عادة بالصلة فهي لقرابة الأب وهي طريقة القاضي في خلافه ، ونقل عن أحمد أنه لا اعتبار بالصلة ، قال في رواية ابن منصور في رجل وصى في فقراء أهل بيته وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده وكان يصل في حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين في بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكي هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة للبعد والكلام انما هو فيما تركه مع القدرة عليه ، قال القاضي ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصى بصدقة في أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق

(١) في نسختي الدار : الخرقى .

في بعض الأرباض وهو حي ، قال يتصدق عنه في أبواب بغداد كلها (ومنها) لو وصى لقراءة غيره وكان يصل بعضهم ، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم . قال القاضي في خلافه لا رواية فيه ولا يمتنع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه (ومنها) لو وقف على بعض أولاده وسماهم ثم على أولاد أولاده فهل يختص البطن الثاني بأولاد المسمين أولاً أو يشمل جميع ولد ولده ، نص أحمد في رواية حرب على أنه يشمل جميع ولد الولد ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بأبائهم فإن هذه عطية واحدة فحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية في الحياة ، وهذا النص هو قوله في رواية حرب في رجل له ولد صغار خاف عليهم الضيعة فاوقف ماله على ولده وكتب كتاباً وقال هذا صدقة على ولده فلان وفلان سمام . ثم قال وولد ولده وله ولد غير هؤلاء قال هم شركاء ، فحمله الشيخان صاحب المغنى وصاحب المحرر على ما قلنا وتبويب الحلال يدل عليه ، وقد يقال إنما عم البطن الثاني ولد الولد لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان لخوفه عليهم الضيعة وهذا المعنى مفقود في البطن الثاني فلذلك أشرك فيه أولاد الأولاد كلهم ، وحمله القاضي وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه ولد المسمون وغيرهم أخذوا من عموم قوله صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضى التخصيص بالحكم لقوله وملائكته وجبريل وميكال . وهذا فاسد لأن الآية فيها عطف نسق بالواو وهما إما عطف بيان أو بدل وأيهما كان فيقتضى التخصيص بالحكم لأن عطف البيان موضح لمتبوعه ومطابق له وإلا لم يكن بياناً والبدل هو الوسطة المقصود بالحكم فيعين التخصيص به . ولهذا لو قال من له أربع زوجات زوجتي فلانة طالق لم تطلق الثلاث البواقي أو قال من له عبيد عبدى فلان حر لم يعتق من عداه بغير خلاف (ومنها) لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف (ومنها) لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة كالورق والخشب .

(القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة)

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل :

(منها) إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو ما يجب صومه شرعاً كرمضان على أصح الروايتين (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم لا يؤكل يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين (ومنها) لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين حكاهما في الترغيب وظاهر

كلامه الدخول وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه (ومنها) لو وكله في أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر (ومنها) لو نذرا عتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع ويخرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع ، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع والاول المذهب كما انه لا ينقطع في الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي .

﴿ القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة ﴾

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص اذا كان السبب هو المقتضى له ؟ فيه وجهان . احدهما : لا يخص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضى في الخلاف والآمدى وأبى الفتح الحلوانى وأبى الخطاب وغيرهم ، واخذه من نص احمد في رواية على بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال احمد النذر يوفى به . وكذلك أخذه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً أنه يحث بتكليمه تغليباً للتعين على الوصف . قالوا : والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثانى : لا يحث وهو الصحيح عند صاحبى المغنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المغنى عزى الخلاف إليها ورجحه ابن عقيل في عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب ان الصفة لا تنحل بالفعل حالة البينونة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضى التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضى في موضع من المجرد واختاره الشيخ تقي الدين وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص احمد إنما هو في النذر والناذر اذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله وان زال المعنى الذى تركوها لأجله فإن ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وان كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته ، وهذا احسن وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الاطلاق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فإن كان ثم سبب يقتضى اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحث بالكلام بعد زوالها صرح به فى الكافى والمحرر فهى كمسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) لو دعى إلى غداء فخلف لا يتعدى فهل يحث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضى فى الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحث (ومنها) لو حلف لارأيت منكراً إلا رفعتة إلى

فلان القاضى فعزل فهل تنحل يمينه على وجهين ، وفى الترغيب ان كان السبب أو القرائن تقتضى حالة الولاية اختص بها وان كانت تقتضى الرفع اليه بعينه مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالى مثلاً وقصد اعلامه بذلك لأجل قرابته وذكر الولاية تعريفاً تتناول اليمين حال الولاية والعزل وان لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ويبحث بتركه على وجهين ، فان كانت يمينه رفعه الى الوالى من غير تعيين فهل يتعين المنصوص فى الحال أم يبرأ بالرفع الى كل من ينصب بعده على وجهين لتعدد الآلاف واللام بين تعريف العهد والجنس ولو علم بمنكر بعد علم الوالى احتمال وجهين . احدهما أن البر قد فات كما لو رآه معه . والثانى لم يفت لأن صورة الرفع ممكنة ثم على الوجه الأول يخرج على ما اذا تبدد الماء الذى فى الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه وفيه وجهان انتهى . فجعل محل الوجهين اذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحالة الولاية وجهاً واحداً (ومنها) لو حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لا يخرج إلا باذنه ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفى الغريم فهل تنحل يمينه على الوجهين (ومنها) لو قالت له زوجته تزوجت على قال كل امرأة لى طالق فان المخاطبة تطلق بذلك نص عليه فى رواية المروذى وابن هانئ وكذلك نقل عنه أبو داود السجستانى فى رجل تزوج امرأة فقيل له ان لك غيرها فقال كل امرأة لى طالق فسكت فقيل إلا فلانة فقال الا فلانة فانى لم أعنها فانى أن يفتى فيه ، وهذا تونف منه وخرج ابن عقيل فى عمد الأدلة المسألة على روايتين .

﴿ القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة ﴾

النية نعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيها ، وهل تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص على وجهين فيها ، فهذه أربعة أقسام :

أما القسم الأول : فله صور كثيرة (منها) لو حلف على زوجته لا تركت هذا الصبي يخرج نفراج بغير اختيارها ، فنص أحمد فى رواية منها أنه ان نوى أن لا يخرج من الباب فخرج فقبح حنث وان كان نوى أن لا تدعه لم يحنث لأنها لم تدعه (ومنها) لو قال ان رأيتك تدخلين هذه الدار فانت طالق فنص أحمد فى رواية منها أنه ان أراد ان لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنث وان كان نوى اذا رآها فلا يحنث حتى يراها تدخلها ، وقرر القاضى فى موضع أن هذا اللفظ ونحوه موضوع فى العرف لعموم الامتناع وكذلك ابن عقيل ، فعلى هذا لا يحتاج الى نية العموم

بل إذا اطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصة، وصرح به ابن عقيل (ومنها) لو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً آخر حنث، نص عليه في رواية محمد بن يحيى السكحال (ومنها) لو حلف لا يشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل ما يملكه (ومنها) لو حلف أن لا يضربه ونوى أن لا يؤلمه حنث بكل ما يؤلمه من خنق وعض وغيرهما نص عليه (ومنها) لو حلف لا يكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطنها أو ما إليه أحمد (ومنها) لو طلق امرأته طلقة رجعية وحلف لا راجعتها وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البينة نص عليه في رواية ابن منصور (ومنها) لو حلف على زوجته لا خرجت من بيته لتهنته ولا تعزية ونوى أن لا يخرج أصلاً هل يحنث بخروجها لغير تهنته أو تعزية؟ فذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه توقف فيها وأن القاضي أبا الطيب الطبري من الشافعية قال له مقتضى مذهبكم أنه لا يحنث لأن الغرض يختلف في الخروج ولا يوجد المقصود في كل خروج بخلاف ما إذا قصد قطع المنة فإن المنة توجد في غير المحلوف عليه.

قلت: والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً وعليه يدل نص أحمد في المسألتين الأولتين المذكورتين هاهنا، ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غزلها يقصد قطع المنة فانه لا يحنث بالاتفاف بغير الغزل وثمنه من أموالها لأن العموم هناك يستفاد من السبب، وهنا يستفاد من النية فهو أبلغ. وأما القسم الثاني: فنصوره كثيرة جداً (ومنها) أن يقول نسائي طواق ويستثنى بقلبه واحدة أو يحلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنى بقلبه ووقع في كلام القاضي وابن عقيل في هذه المسألة ما يقتضي حكاية روايتين في حنثه في مسألة السلام، وتأوله صاحب المحرر في تعليقه على الهداية على أن المراد هل يقبل منه دعوى ارادة ذلك أم لا، قال وقد صرحا بذلك في موضع آخر من كتابيهما. ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره هل يحنث خرجه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب على وجهين في مسألة السلام قال صاحب المحرر وعندى فيه نظر لأن الدخول فعل حمى لا يتميز بخلاف السلام (ومنها) لو قال لزوجته ان لبست ثوباً فانت طالق وقال أحمرأ وقال ان لبست فانت طالق ثم قال أردت ثوباً أحمر وقال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال أردت في هذه السنة فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين في ذلك وفي قبوله في الحكم روايتان. وشذ طائفة فحكوا الخلاف في تدينه في الباطن منهم الحلواني وابنه وكذلك وقع في موضع من مفردات ابن عقيل في الايمان وكذلك وقع للقاضي في المجرد قال صاحب المحرر، وهو سهو وذكر القاضي في كتاب الحيل إنه ان كان المخصص بالنية ملفوظاً

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا يا كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وإن حلف لا يا كل ونوى اللحم لم تنفع نيته لأنه خصص ما ليس في لفظه ، وحمل حبل اختلاف كلام أحمد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف حالين لأعلى اختلاف قولين ، وذكر السامري في فروقه أن المنوى أن كان يرفع مقتضى الحكم بالسكينة كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية إلا مع الظلم ، وقد نص أحمد في رواية حرب على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالسكينة فهو كالنسخ فلا يصح بالنية إلا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فانها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لا رافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) اذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدر معيناً فنص أحمد في رواية أبي داود أنه لا يلزمه مانواه ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية لزوم قال وقد نص أحمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى في نفسه أكثر مما يتناول اللفظ انه يلزمه مانواه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل لزوم فيما نوى في الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافي انه لو حلف ليا كان لحماً أو فاكهة أو ليشرب ماءً أو ليكدن رجلاً أو ليدخان داراً وأراد يمينه معيناً تعلقت يمينه به دون غيره ، وإن نوى الفعل في وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث أن طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة واحدة واكثر فيكون محتملاً للكثرة فينصرف اليها بالنية . ورأيت في كتاب شرح القوافي لأبن جني أن الأفعال كلها للعموم وحكامه عن أبي علي وهو غريب ، وأما اذا قال ثلاثاً فتطلق ثلاثاً لكن لنا فيه طريقتان . أحدهما أن ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثاني أن ثلاثاً صالح لا يقع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الإيقاع بها كنية الطلاق ويتفرع على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله أنت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو مات مثلاً في حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما في الترغيب ، وهذا انما توجه على قولنا انه اذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً انه يقع به الثلاث أما اذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث الا بقوله ثلاثاً بغير خلاف (ومنها) اذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين اذا قال زوجتك بنتي وله بنات ونوى واحدة معينة ، وإن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها إلى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر اذا اشترى شيئاً بشئ مطلق في الذمة ونوى نقده من المال

المغضوب ونقده منه فهل يكون العقد [باطلاً] كما لو وقع على عين المنصوب أو يكون صحيحاً على روايتين .
وانما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها لأن تخصيص العام نقص منه
وقصر له على بعض مدلوله وذلك انما يكون بالنية والارادة فهي المخصصة حقيقة وانما تسمى
الادلة الدالة على التخصيص تحصيلات لدلالاتها على الارادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق
فانه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة . فان قيل هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص
بالنية فانه الزام زيادة على اللفظ . بمجرد النية ، قيل الفرق بينهما أن الخاص اذا أريد به العام كان
نصاً على الحكم في صورة لعله فيتعدى الحكم الى كل ما وجدت فيه تلك العلة وهذا غير موجود في
المطلق اذا أريد به بعض مقيداته .

وأما القسم الرابع : فله صور (منها) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه
الثلاث في الباطن على وجهين . احدهما لا يلزمه وهو قول ابى الخطاب وصاحبه الحلواني .
والثاني يقع به الثلاث في الباطن وهو الذي جزم به السامري في فروقه وصاحب المغنى واختاره
صاحب المحرر لأن النية انما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتمال في النص الصريح انما الاحتمال
في العموم ، ويشهد له قول أحد في رواية صالح النية فيما خفى ليس فيما ظهر (ومنها) لو قال
نسائي الاربع طوالق واستثنى بقوله فلانة فهي كالتى قبلها (ومنها) لو قال كل عبد لى حر واستثنى
بقلبه بعض عبيده ، فذكر ابن أبى موسى في صحته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفي كلام
أحمد في [مسألة الاشقاق] ما يدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعه لاستغراق ما يضاف اليه
إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص في الجملة . و تنبيه حسن ، فرق الاصحاب بين الاثبات
والنفي في الايمان في مسائل وقالوا في الاثبات لا يتعلق البر الا بتمام المسمى وفي الحنث يتعلق ببعضه
على الصحيح . وقالوا الايمان تحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهى عن شيء يتعلق النهى بجملة
وأبعاضه واذا أمر بشيء لم يحصل الامثال بدون الاتيان بكامله ، فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا
ان اليمين في الاثبات لا تعم وفي النفي تعم كما عمت أجزاء المحلوف قال وقد ذكر القاضي في
موضع من خلافه ان السبب يقتضى التعميم في النفي دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب
في الايمان وقرره بان المفاسد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه انما يجب تحصيل ما يحتاج اليه
منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالاولى وكلامه يشمل
التعميم بالنية أيضاً حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع أنها كانت في تحریم تعدت بالقياس
الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجاباً لم تعد وذكر ان هذا قياس المذهب وحكى عن

أبى الخطاب أنه لو قال أوجبت كل يوم أكل السكر لأنه حلو وحب أكل كل حلو ثم قال وهذا بعيد بل الذى يقال انه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائنا ما كان، قال وفيه نظر لأنه يبطل ايجاب السكر وعلى هذا التقدير فع اشكال فى مسألة قول السيد أعتقت غائما لسواده وأنه لا يعتق عليه كل أسود كما هو قول الجمهور خلافا لما ذكره أبو الفتح الحلواني وأبو الخطاب .

﴿ القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة ﴾

الصور التى لا تقصد من العموم عادة إما لدورها أو لاختصاصها بمنايع لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا ؟ فى المسألة خلاف ويترجح فى بعض المواضع الدخول وفى بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها ، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

(منها) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أردھا ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتين (ومنها) لو قذف أباه الى آدم وحواء فنص أحمد فى رواية حرب أن عليه حدا واحداً ولم يجعله ردة عن الاسلام لأنه لم يقصد دخول الانبياء فى ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الاسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرنى به هل يكون يميننا ؟ قال القاضى ليس يمين لأن المشهور تخصيص المعاصى بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندى انه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها) لو قال لعبيده وهم عنده أتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبى موسى . ونص أحمد على عتقها فى رواية ابن هانى وغيره وشبهها فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابته اخرى فطلقها يظنها المنادة وقال تطلق هذه بالاجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسألة المنادة فيها روايتين احدهما تطلق المنادة وحدها نقلها منها وهى اختيار الاكثرين كأبى بكر وابن حامد والقاضى فيتعين تخريج رواية فى أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المنادة والمجبية وظاهر كلام أحمد فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنهما يطلقان جميعا فى الباطن والظاهر كما يقول فى إحدى الروايتين اذا لقي امرأة يظنها أجنبية فطلقها فاذا هى زوجته ان زوجته تطلق ظاهرا وباطنا ، وزعم صاحب المحرر أن المجبية انما تطلق ظاهرا والفرق بينهما وبين المطلقة التى يعتقدها أجنبية ان الطلاق هاهنا

صادف محلاً فنفذ فيه وهو المناداة فلا يحتاج الى محل آخر بخلاف طلاق من يعتقد أنها أجنبية فانه لو لم يقع بها للحنى الطلاق الصادر من أهله في محله ولا سبيل اليه وقد أشار أحمد الى معنى هذا الفرق وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (ومنها) لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يردده بالسلام فحكي الأصحاب في حثه الروايتين ويشبه تخريجهما على مسألة من حلف لا يفعل ففعله جاهلاً بأنه المحلوف عليه والمنصوص ها هنا عن أحمد الحث في رواية منها حتى فيما اذا كان المحلوف عليه مستترا بين القوم ببارية في المسجد وهو لا يراه ونقل عنه أبو طالب ان كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حث وان كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحث لأنه أراد الجماعة وهذا يشبه ما تقدم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقد أنها أجنبية فان المحلوف عليه لم يقصد السلام عليه بالكلية وهناك من يصح قصده وغيره فانصرف السلام اليه دون خلاف ما اذا كان وحده [فان المحلوف عليه وجد] ولكن مع الجهل به وقد تناول القاضي رواية أبي طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام ولا يصح لأنه لم يكن عالماً بحضوره بينهم فكيف يستثنيه بالنية (ومنها) لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قرابته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نص عليه في رواية حرب وأبي طالب ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار ففي الاقتصار عليه وجهان لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جداً (ومنها) لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده على منفعه وأكسابه فهل يدخل فيها الاكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا على وجهين (ومنها) لو قال ما أحل الله على حرام وله زوجة ومال وقال لم أرد زوجتي فهو مظاهر عليه كفارة الظهار نص عليه في رواية ابن منصور لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريره ولا ينصرف الذهن ابتداء الى غيره فلا يصح اخراجه من العموم بعدم ارادة دخوله وانما يصح اخراجه بارادة عدم دخوله، فاما ان لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحريم المباحات واذا كان له زوجة ومال فعليه كفارة ظهار لا غير نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب في صورة كلما أحل الله على حرام، وقال ابن عقيل يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين لدخول المال في العموم، ووجه القاضي نص أحمد بتوجيهات مستبعدة وعندى في تخريجه وجهان أحدهما ان المتبادر الى الافهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال فانها لا تقصد بالتحريم فلا تدخل في العموم لكونها لا تقصد عادة فتكون المسئلة حينئذ من صور القاعدة والثاني أن تكون مخرجة على قوله بتداخل الايمان وان موجبها واحد فان الجنس ها هنا واحد وهو تحريم الحلال فصار موجه كفارة واحدة ثم تعينت بكفارة الظهار لدخول كفارة اليمين

فيها من غير عكس .

﴿ القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا استندت لآلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن [تكون] المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان . فالأقسام ثلاثة ، ومن صور القسم الأول مسائل :

(منها) إذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالمعصوم فسقط فتلف فالضمان على الدافع وحده (ومنها) لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنفره فالضمان على المنفرد وحده (ومنها) لو رمى معصوماً من شاهق فتلقيه آخر بسيف فقتله به فالقاتل هو الثاني دون الأول . فاما أن يضر بطن امرأة فالقتل جنيماً وفيه حياة غير مستقرة فضر به آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني لأن الضارب ليس بمسبب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فأصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن ما خرق من جلده هذا قول القاضي والأكثرين وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح في بناء ونحوه لأعنته على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثاني مسائل : (منها) إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص أو الدية (ومنها) لو قتل الحاكم حداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب فالضمان والقود عليهم دون الحاكم ونقل أبو النصر العجلي (١) عن أحمد إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم مجبوب فالضمان على الحاكم وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالعيان فهو كآقرارهم بتعمد الكذب وقد يفرق بأن المجبوب لا يخفى أمره غالباً فالأقدام على رجس لا يخلو من تفريط . وبأن الشهود قد يشتبه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقتلنا ينقض الحكم وكان الحق لآدمي فالضمان على المحكوم له وإن كان لله تعالى فله حالتيهما . أحدهما أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه . أحدهما الضمان على المزيكين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافي والترغيب لأنهم الجاؤا الحاكم إلى الحكم والحاكم فعل ما وجب عليه والشهود لا يعترفون بيطالانهم شهادتهم

فيتعين حالة الضمان على المزكين . والثاني الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشهادات لأنه مفروض بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فإنها لا تختص بالمحكوم به . والثالث بخير المستحق بين تضمنين من شاء من الحاكم والمزكين والقرار على المزين قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود لما ذكرنا من وجه تغريم كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزين لاجرائهم الحاكم الى الحكم . وحكى عن أبي الخطاب وجه رابع ان الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لأنهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم بخلاف الراجح من عن الشهادة ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود وهذا ضعيف جداً ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية ضمان الشهود من إحدى الروايتين فيما إذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساداً فإنهم يحدون على إحدى الروايتين وإن لم يعترفوا ببطلان قولهم ، وهذا تخريج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها إلا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من المشهود عليه الحد أولاً ، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة بالمال فلا يترتب عليها ضمان إلا بعد ان ينشأ عنها غرم ثم يتبين بطلانها أما باقرار الشاهد أو يتبين كذبها بالعيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تركية فالضمان على الحاكم وحده ذكره الخرقى والأصحاب لتفريطه بقبول من لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول (ومنها) المكره على اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان . أحدهما أنه على المكره وحده لكن للمستحق مطالبة المتلف ويرجع به على المكره لأنه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان بخلاف المكره على القتل فإنه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان وبهذا جزم القاضي في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وابن عقيل في عمد الأدلة . والثاني عاينهما الضمان كالدية صرح به في التلخيص وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالاً وعلل باشتراكها في الاثم وهذا تصريح بان الاكراه لا يبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام في الوديعة وحكى احتمالاً آخر ان الضمان على المتلف وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله وهذا ضعيف جداً لأن المضطر لم يلجئه إلى الاتلاف من يحال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك فقال القاضي لا ضمان لأنه ليس باتلاف وكذا ذكره في بعض تعاليقه وصرح به في المجرد مفرقاً بينه وبين الاكراه على القتل بان القتل لا يعذرفيه بالا كراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضاً وتابع ابن عقيل في الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرّد وفى شرح الهداية لآبى البركات المذهب أنه لا يضمن كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً لأنه اقتدى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسألة الإكراه على الأكل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلاف فى أصل جواز تضمين المكروه على اتلاف المال وقد ذكر صاحب المغنى فى الإيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً فصمّاه على المكروه وقد نص أحمد فى رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمن لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكروهة على الوطء فى الحج والصيام إذا أفسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى مالها أولاً لا يجب عليها شيء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتناول بعضهم الأولى على أنها ترجع به على الزوج . والمكروه على حلق رأسه فى الأحرام تجب الفدية على الخالق فى أشهر الوجهين قاله أبو بكر . والثانى على المخلوق يرجع بها على الخالق ذكره ابن أبى موسى وجهاً لأن حلق الشعر كالاتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكروه على القتل والمذهب اشتراك المكروه والمكروه فى القود والضمان لأن الإكراه ليس بعذر فى القتل وذكر القاضى فى المجرّد وابن عقيل فى باب الرهن أن أبابكر ذكر أن القود على المكروه المباشر ولم يذكر على المكروه قوداً قالوا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاهنا المكروه ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبابكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاهنا غير صالح فى كل واحد منهما لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فانهما يشتركان فى الضمان والقود على إحدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويحبس الماسك حتى يموت (ومنها) أو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها فهل يختص بالضمان الواضع جملاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعد فالضمان على الواضع وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرقتها فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله ، ولو دل حلالاً فالضمان على المحرم وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لو احرم وفى يده المشاهدة صيد وتمسك من ارساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر فقيه احتمالان ذكرهما القاضى فى المجرى . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ . والثانى الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثانى بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلّف عيناً فى يد من هى مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد او يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى فى كتاب التخييج مسألة الصيد فى حالين صاد أحدهما فى الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه فى يده قبل ارساله ثم يرجع الذى فى يده على القاتل بما غرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالارسال ، وصرح فى (١) أثناء المسألة بأن المغصوب اذا أتلّفه متلف فى يد الغاصب كان المالك مخيراً فى المطالبة لمن شاء منهما .

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا اختلف حال المضمون فى حالى الجناية والسراية . فهاتان أربعة أقسام :
أحدها : أن يكون مضموناً فى الحالين لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السراية أو حال الجناية على روايتين . والقسم الثانى : أن يكون مهدراً فى الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجناية مهددة والسراية فى حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجناية فى حال الضمان والسراية فى حال الإهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين .
فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجناية وابن حامد وجوب دية مسلم ، وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق ارش جرحه حياً فمات ثم أسلم ومات فانتقل ماله إلى ورثته المسلمين ذكره القاضى فى خلافه

(١) فى ٧١١ : وخرج من أثناء الخ

وأبو الخطاب في الانتصار (ومنها) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على روايتين ، نقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لا بالدية وكذلك ذكره أبو بكر في خلافه ونصره القاضي في الخلاف أيضاً ، ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيناً حياً ثم مات هو حر وعاليه ديته لأن العتق لا يجب إلا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد ، وحكى عنه القاضي أنه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن ابن حامد أوجب دية حر للولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته . وذكر القاضي في المجرّد احتمالاً بوجود أكثر الأمرين من القيمة أو الدية . وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في الذمى إذا أسلم وجوب دية مسلم وفي العبد إذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على روايتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك فتتبع السراية الجناية ويكون أرشها مستحق أرش الجناية وهو السيد ، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشتري فالقيمة كلها للأول ذكره القاضي ، وذكر ابن الزاغوني في الاقتناع فيما إذا قطع يدى عبد وقيمته ألفا دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين . أحدهما : أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية . والثاني : يقسم بينهما أثلاثاً لأن للسيد ما يقابل اليدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولا قصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها لا تنفاء المسكافة حال الجناية .

« تنبيه » ذكر القاضي في خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب المحرر وزاد أن للسيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وإنما نقل أنه ذكره قول الزهرى يضمنه بقيمة مملوك فقال ما أدرى كيف هذا ؟ ولم يجب بشيء ، وهذا يدل على أنه أنكر ضمانه بالقيمة وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله (ومنها) لو ضرب بطن أمة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين ، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني فأسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمى على الوجهين (ومنها) لو قطع يدى عبد وقيمته ألفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمته ألف [فقال القاضي في خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة] كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين إذا عتق كذلك ها هنا قال وهذا

موضع مجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمته في تلك الحال الفان، ويلتحق بهذا ما إذا جرح ذمي خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في المغني والمحرم. أحدها: الدية على عاقلته حال الجرح وبه جزم في الكافي والمحرم اعتباراً بحال الجنائية. والثاني: على عاقلته ارش الجرح والزائد بالسراية في ماله لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته. والثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديتيه حال الرمي والأصابة على ما يأتى ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى موالى أبيه ففى المحرم هو على هذا الخلاف وفي الكافي الدية في ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فن أمثله: ما إذا جرح عبداً حربياً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً
 وأما القسم الثالث فله أمثلة: (منها) لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان (ومنها) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا يخرج على الضمان فيما إذا طرأ الاسلام بعد الرمي وقبل الاصابة (ومنها) لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحمل أكله لأنه ذكاة في الحل ذكره القاضى ونصر عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد ذمي في الحل فتحامل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات في الحرم. قال أحمد ما حسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه (ومنها) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمنه أم لا على وجهين ذكرهما في الترغيب لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون في الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضى أنه يضمنه بديه حر، وأما على قول أبى بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال في عدم ضمانه ولهذا خرج صاحب الكافي على الوجهين في الاعتبار بحال الجنائية أو السراية.

وأما القسم الرابع فله أمثلة: (منها) لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً فارتد ثم مات فهل يجب القود في طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عمداً فسرت الى نفسه هل يقتص في الطرف ثم في النفس أم في النفس حسب؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم على وجهين، والمحكى عن أبى بكر أنه يستوفيه الولى. قال في الترغيب أصلهما أن ماله هل هو في. أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمدى، قال في الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرثه وفي المحرر الوجهان على قولنا ماله فيء ، وأما ضمان طرفه ففيه وجهان أحدهما لا ضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهددة والثاني يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقاً على وجهين المرجح منهما الأول لم يذكر في المحرر سواء (ومنها) لو جرح صيدا في الحرم فخرج إلى الحل فمات لزمه كمال ضمانه ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما تغليبا ل ضمان الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر كالموتولد بين ما كول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التي قبلها .

(القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة)

إذا تعين (١) حال المرمى أو الرامي بين الرمي والإصابة ، فهل الاعتبار بحال الإصابة أم بحالة الرمي أم يفرق بين القود والضمان أم بين أن يكون الرمي مباحاً أو محظوراً أم فيه للاصحاب أوجه يتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو رمى مسلم ذمياً أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعتق العبد ثم ماتا فهل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما : لا يجب وهو قول الخرق وابن حامد وصححه القاضي لفقد التكافؤ حين الجناية وهو حالة الأرسال فهو كما لو رمى إلى مرتد فأسلم قبل الإصابة . والثاني : يجب وهو قول أبي بكر وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهماً على زيد فأصاب عمرو قال هو غمد عليه القود . فاعتبر الرمي المحذور إذا أصاب به معصوماً وإن كان غير المقصود . وفرق أبو بكر بين رمى المرتد والذمي بأن رمى المرتد مباح ورده القاضي بأن رميه للإمام لا إلى آحاد الناس فهو غير مباح لآحادهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضي ويمكن الجواب عنه بأنه قصد هناك مكافئاً وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئاً ، وقد خرج صاحب الكافي وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بغير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فاشبه ما إذا قصد صيدا وهذا ضعيف لأنه قصد معصوماً فأصاب نظيره بخلاف من قصد صيدا ، ولهذا لو قصد صيدا معينا فأصاب غيره حل بخلاف ما إذا رمى هدفاً يعلمه فأصاب صيداً فإنه لا يحل أما لو ظن الهدف صيداً فأصاب صيداً فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفاً يظنه آدمياً معصوماً فأصاب

(١) في نسختي الدار : إذا تغير .

آدمياً معصوماً غيره لأن أصل الرمي كان محظوراً فهذا الكلام في القود. وأما الضمان فيضمنه بديه حر ذكره الخرقى والقاضى والاكثرون ولم يحكوا فيه خلافاً حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة فانه إنما أصاب حراً مسلماً وتكون دية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضى (ومنها) لو رمى الى مرتد أو الى حربى فأسلماً وصل اليهما السهم فقتلها فلا قود بغير خلاف لأن دمهما حال الرمي كان مهديراً، وهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه . أحدها وجوبه فيهما قاله القاضى في خلافه والآمدى وأبو الخطاب في موضع من الهداية وعزاه غير واحد الى الخرقى اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئر الهماء فوقها بعد اسلامهما فانه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضى وغيره. قال القاضى ولا نسلم ان رمى الحربى والمرتد مباح مطلقاً بل هو مراعاة فان أسلم قبل الوقوع تبين انه لم يكن مباحاً. والثانى لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضى في روايته عن أبى بكر فى المرتد وقال لا خلاف فيه فى المذهب لأن رميهما كان مأموراً به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبه ما إذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربى وأصل هذا الوجه طريقة القاضى فى المجرى وابن عقيل وأبو الخطاب فى موضع من الهداية انه لا يضمن الحربى بغير خلاف وفى المرتد وجهان ، والفرق ان المرتد قتله الى الامام فالرامي اليه متعد وهو كالرامي الى الذمى بخلاف الحربى فان لكل أحد قتله فرميه ليس بعدوان اما عكسه وهو لما رمى الى معصوم فاصابه السهم وهو مهديراً كسلم ارتد وذمى نقض العهد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعليه بين الأصحاب لأن الإصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوماً فاصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فاصابه السهم وقيمه عشرة فانه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضى وغيره (ومنها) لو رمى الذمى سهماً الى صيد فاصاب آدمياً وقد أسلم الرامي فقال الآمدى يجب ضمانه فى ماله لانه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلته المسلمون ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والكافى وكذلك حكم ما إذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه الى موالى أيده ولو رمى مسلماً سهماً ثم ارتد ثم اصاب سهمه فقتل فهل تجب الدية فى ماله اعتباراً بحال الإصابة ام على عاقلته اعتباراً بحال الرمي على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها فى المسئلتين الأولى والثانية وجهان أيضاً أحدهما ان الضمان على أهل الذمة وموالى الامم. والثانى انه على المسلمين وموالى الاب (ومنها) لو رمى الحلال الى صيد ثم احرم قبل ان يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم الى صيد ثم

أحل قبل الإصابة لم يضمه اعتباراً بحال الإصابة فيما ذكره القاضى فى خلافه فى الجنایات قال ويبنى على قول أحمد فىمن رمى طيراً على غصن فى الحل أصله فى الحرم أن يضم هنا فى الموضوعين تغليبا للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما إذا رمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربى إذا أسلم قبل الإصابة اعتباراً بإباحة الرمى، إلا أن يفرق بأن قصد الإحرام عقيب الرمى سبب إلى الجنایة على الصيد فيه ولا سيما أن قصد الرمى قبل الإحرام لذلك (ومنها) لورمى الحلال من الحل صيدا فى الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل رمى صيدا فى الحل فإصابه فى الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً فى روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً فى الحل فدخلت رميته فى الحرم فأصابت شيئاً ضمن لأن يده التى جنت. قال أحمد ما أحسن ما قال! وكذلك نص أحمد فى رواية ابن منصور فى شجرة فى الحل غصنها فى الحرم عليه طير لا يرمى ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم وبهذا جزم ابن أبى موسى والقاضى والأكثرون ولم يذكر القاضى فى خلافه سواء لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضى فى المجرى وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لا يضمه اعتباراً بحال الرامى ومحلّه وهو ضعيف ولا يثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضى من رواية ابن منصور فى إباحة الأصطياد بالكلب وأرساله من الحرم إلى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما فى الحل والآخر فى الحرم فلا ضمان ولا يصح لوجهين. أحدهما أن النص فى الكلب والكلب له فعل اختياري فإذا أرسله فى الحرم على صيد فى الحل فهو بمنزلة من وكل عبده فى الحرم فى شراء صيد من الحل وذبحه فيه. وهذا بخلاف ما إذا أرسل سهمه لأنه منسوب إلى فعله ولهذا فرق أحمد فى رواية ابن منصور بين أن يرسل سهمه من الحل إلى صيد فى الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمنه وبين أن يرسل الكلب فلا يضمّن لأن دخول الكلب إلى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامى، ولهذا لو أصاب سهم هذا آدمياً لضمنه ولو أصاب الكلب آدمياً لم يضمّن وإلى هذا التفريق أشار ابن أبى موسى حيث ضمن فى رمى السهم فى المستلّتين ولم يضمّن فى صيد الكلب إذا أرسله فى الحل فصاد فى الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله فى الحرم فصاد فى الحل فخسب فيه روايتين قال والظاهر عنه أنه لأجزاء فيه ولكن القاضى إنما صرح بالخلاف فى الكلب وأبو الخطاب هو الذى طرد الخلاف فى السهم. والوجه الثانى أن هذا النص إنما يدل على انتفاء الضمان فيما إذا أرسل سهمه من الحرم على صيد فى الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح إلحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فمنهم من جزم بنفي الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس من غير خلاف حكاه فيهما وهو في المبهج للشيرازي . ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق وهو صاحب المغنى ، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه وهو القاضي في خلافه وأخذ نفى الضمان في الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أنه يضمه . وفي أخذ الضمان من هذا نظر فإن الغصن تابع لمحل معصوم وهو أصل الشجرة الذي في الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير فرماه إنسان فصرعه . قال ما كان في الحل فليرم وما كان في الحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ما قال ! فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين وليس كذلك فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى الحاقاً للفرع بأصله في الحرم ولم يضمن في الثانية الحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرم وإنما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم لأنه في هواء الحرم وهو معصوم بمحله وهو الحرم وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعا لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومنها) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة فيه وجهان . أحدهما الاعتبار بحال الإصابة وبه جزم القاضي في خلافه في كتاب الجنايات وأبو الخطاب في رءوس المسائل فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو مجوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل ، وقد سبق الخلاف في المحرم . والثاني الاعتبار بحال الرامي قاله القاضي في كتاب الصيد وأخذ من نص أحمد في رواية يوسف بن أبي موسى في رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامي قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرع عليه ما إذا رمياه جميعاً فأصابه سهم أحدهما أولاً فاتخذ ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه . قال وقد أوما إليه أحمد في رواية محمد بن الحكم في رجلين رميا صيداً فأصاباه جميعاً فإن كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضي معناه إذا كانا رمياه جميعاً بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى . وما يتفرع على ذلك التسمية فإنها تشترط عند الإرسال ولو سمي بعد إرساله فإن أنزجر بالتسمية وزاد جريه كفى والأفلا نص عليه في رواية الميموني . وقال القاضي في كتاب الجنايات إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة . وهذا مشعر بأنه لو سمي عند الاصابة مع العلم بها لاجزأ .

(القاعدة الثلاثون بعد المائة)

المسكن والخادم والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولا يجب فيه الحج والكفارات ولا يوفي منه الديون والنفقات . نص على ذلك احمد في مسائل :

(منها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هي دار واسعة قال أرجو ان لا يكون به بأس ، قيل له فان كان له خادم قال أرجو ، قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج اليه يعطى ، وقال في رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه .

ويتفرع على هذا : ان العرض الذي لا يباع على المفلس في دينه اذا كان يفي بدين صاحبه ويده نصاب فانه لا يجعل الدين في مقابلته حتى يزكى النصاب بغير خلاف لانه لا يجب صرفه الى جهة الدين ووفائه منه ، واما ما يباع على المفلس فهل يجعل الدين في مقابلته ويزكى النصاب على روايتين (ومنها) الحج قال احمد في رواية الميموني اذا كان المسكن والمسكنين والخادم أو الشيء الذي يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لأهله ، وقد يكون المنازل يكرها انما هي قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته وهوته وموته عياله باع . والضيعة مثل ذلك اذا كان فضلا عن المؤنة باعه . وقال في رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلا يرى أن يبيع ويحج ولا يجب عليه عندى إلا أن يشاء . قال اصحابنا ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه أو يده نقد يدشراهما به في هذا الباب (ومنها) المفلس ولا حد فيه نصوص كثيرة أنه لا يباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه في رواية ابى الحارث وابى طالب . واما الخادم فلا يباع عليه اذا كان محتاجا اليه لزمن أو أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد في رواية عبد الله وابى طالب وغيرهما ، وقال في رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكنا واسماً نفيساً أو خادماً نفيساً يشتري له ما يقيه ويجعل سائرته لأغرماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الاصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها
 أما إذا لم يكن للمفلس سواها وهى عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه وإن
 كان بعده ففى الكافى يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدى الى الحيلة على اخذ اموال الناس (ومنها)
 الشريك فى عبدا إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم فهو معسر لا يعتق عليه سوى حصته
 ولا يباع ذلك فى قيمة حصة شريكه. قال ابن منصور قات لاحد من أعتق شقصا فى عبدا ضمن ان
 كان له مال قال عتق كله فى ماله ان كان له مال، قلت كم قدر المال قال لا يباع فيه دار ولا ربايع ولم
 يبق لى على شىء معلوم. قال القاضى معناه لا يباع مالا غنى له عن سكناه كالمفلس (ومنها) التكفير
 بالمال لا يباع فيه المسكن والخادم ذكره القاضى والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى
 لو كان له ربة نفيسة يمكن أن يشتري بثمنها رقتان فيستغنى بخدمة احدهما ويعتق الأخرى لزمه
 ذلك، وهكذا الدار والملابس. وأما ان وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج اليه ثم احتاج اليه
 قبل التكفير فمن الأصحاب من جزم هنا بازوم العتق لانه بمثابة من كان موسرا حال يحنث العتق
 ثم أعسر قبل التكفير فان العتق يستقر فى ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لآحمد
 فان كان له دار يبيعها وينفق على ابنه قال لا بد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن
 نفقة عياله فلينفق عليهم وإن لم يكن له فضل ولا سعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بان
 نفقة القريب لا يباع فيها الا ما يباع على المفاس فى دينه وهكذا ينبغى أن يكون حكم الجزية والخراج
 والمأقلة. وذكر الأمدى ان من وجبت عليه نفقة قريبه فغيب ماله وامتنع منها ووجد الحائم له
 عقارا فله يبعه والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغنى فى نفقة الزوجة والاولاد ولعل
 المراد بذلك العقار الذى لا يحتاج اليه للسكنى أو أن هذا يخص بالممتنع من النفقة مع قدرته عليها
 للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

(القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضى فى خلافه و فرع عليه

مسائل :

(منها) اذا فلس المرأة وهى ممن يرغب فى نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف
 (ومنها) انه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لا تمتنع من
 أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان لمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وإن كان

يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها .

(القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالاكتساب ، وهل له الأخذ للغرم إذا كان عليه دين على وجهين . أحدهما له ذلك قاله القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في الزكاة وكذلك ذكره في المجرد والفصول في باب الكتابة . والثاني لا يجوز وبه جزم الشيخ مجد الدين في شرح الهداية وهذا الخلاف راجع الى الخلاف في إجباره على التكسب لو فاء دينه كما سند كره ان شاء الله تعالى . والاول ظاهر كلام أحمد لأنه اباح السؤال للسكران فقال هو مغرم ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع ان دينه لا يجبر على الكسب لو فاءه على المذهب فمن عليه دين يجبر على الكسب لو فاءه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوى المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب انتفاء الوجوب وان كان قريباً فوجبه . وقال الشيخ مجد الدين يتوجه على أصلنا في البعيد ان يجب عليه الحج ان كان قادراً على التكسب في طريقه كما يجبره على الكسب لو فاء دينه ولكن يمكن بان حقوق الله مبنية على المساحة بخلاف حقوق الآدميين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به في الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفي اجبار المفلس على الكسب لو فاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لو فاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضي في خلافه وكذا ذكر صاحب الكافي وغيره . واما ان لم يكن له حرفة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؟ حكى أبو الخطاب روايتين وخصهما القاضي بنير العمودين وأوجب نفقة العمودين مطلقاً مع عدم الحرفة وفرق في زكاة الفطر من المجرد بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط في الابن وغيره الزمانة ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضي في خلافه وفي المجرد وابن عقيل في مفرداته وابن الزاغوني والاكثر بالوجوب . قال القاضي في خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق في ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرفة للانفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف في

اجبار المفلس على الكسب لو فاء دينه (ومنها) أن الفقير المكتسب هل يحتمل العقل مع العاقل فيه روايتان (ومنها) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

(القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة)

يثبت تبعا مالا يثبت استقلالاً في مسائل :

(منها) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً (ومنها) شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتا والدية إن سقط حيا (ومنها) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح (ومنها) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكلوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . أشهرهما لا يفطرون لثلاثي يؤدي إلى الفطر بقول واحد . والثاني بلى ! ويثبت الفطر تبعا للصوم ومن الأصحاب من قال إن كان غيما أفطروا وإلا فلا (ومنها) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه إمارات تورث ظنا بانفرادها فإذا انضم إليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر (ومنها) صلاة التراويح ليلة الغيم تبعا للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضي احتمالا بثبوت سائر الأحكام المتعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعاق به وحلول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم ! إذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الأحكام وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عمد الأدلة (ومنها) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل في العمد أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسئلتين من المسئلة الآتية (ومنها) لو حاف بالطلاق أنه ماغصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكماهما القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة والامدى روايتين وجزم القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامري الوقوع وقال صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت الغصب برجلين (ومنها) لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها هل يقع الطلاق في المشهور الوقوع وبه جزم القاضي في خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبري وأبو الخطاب والآكثرون ويشهد له نص أحمد في رواية منها إذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها طلقاً جميعاً ، وخرج صاحب المحرر فيه وجهاً آخر أنه لا يقع الطلاق من المسئلة التي قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب إذا أخر نجوم الكتابة فأنكره السيد فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرقى يعتق ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافاً وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين (ومنها) إذا وقف وقفاً معلقاً بموته فإنه يصح على المنصوص في رواية الميموني وذكره الخرقى وقال القاضى لا يصح والاول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليق (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرىء تصح أيضاً لدخولها ضمناً في الوصية نص عليه في رواية المروذى وقاله القاضى والأصحاب وكذلك إبراء المجرور للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هي وصية للقاتل على طريقين فعند القاضى هي وصية للقاتل فيخرج على الخلاف في الوصية ، وعند أبى بكر ليس الإبراء والعفو وصية لأنه إسقاط لامتلاك وقال الآمدى هو المذهب قال وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلي وجهين (ومنها) إذا قال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق بال فإنه يصح ذكره القاضى وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقتنى فلك على ألف فطلقها بانتهى ولزمها الألف ، قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضى في خلافه ما يقتضى أنه لا يعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت ان طلقتنى فانت برىء من صداق فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بائناً لأن تعليق الإبراء أقرب الى الصحة من تعليق التملك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك ، تقع معلقاً في الجملة والسبق فها هنا كذلك (ومنها) إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة ظمأ أسلمت واحدة منكن ففى طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط . والثاني : يصح لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً (ومنها) إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك عني وعلى ثمنه فقال القاضى في خلافه هو استدعاء للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له وصرح بأنه ملك قهرى حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعى كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سراية عتق الشريك وأولى لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار احد ولا قصده . ويتفرع على ذلك إذا اعتق الكافر الموسر شركاً له من عبد مسلم فإنه يسرى ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركعتي الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج وان كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً وقد اشار الامام أحمد الى هذا في رواية الشالنجي (ومنها) ان الوكيل ووصى اليتيم لهما أن يتبعا بزياد علي ثمن المثل ما يتغابن بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضي وغيره ، ولكنهم جعلوا ما أخذوه أن المحاباة ليست يبذل صريح وانما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة أولى (ومنها) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدي ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة أقرع بينهما فن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد وان كان أقرأه أحبلها في ملكه ، وهل يثبت نسب الولد ويرثه أم لا على وجهين . أحدهما انه لا يثبت نسبه ولا يرث به وهو الذي ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل والسامري لأن القرعة لا تدخل لها في الانساب . [قال القاضي وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما اذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما] (١) والثاني يثبت نسبه ويرث وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص (٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حرية الى الاقرار فأنشبه مالو عينه في إقراره (ومنها) لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهما واخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة ، وتحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام احمد رضي الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضي يعتد الكل باطول الأجلين وستأتي المسألة فيما بعد ان شاء الله تعالى (ومنها) لو قال الخنثى المشكل أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح ويزول بذلك إشكاله أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لثلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكر وديته فيه وجهان .

﴿ القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

المنع أسهل من الرفع ، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

(منها) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع ، وتخليها بعد تخميرها ممنوع (ومنها) ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع ودبح جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب (ومنها) السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو

(١) ما بين المربعين عن ٧١٩ فقط . (٢) في نسختي الدار : صاحب المغني .

سافر في اثناء يوم من رمضان ففى استباحة الفطر روايتان والالتزام فيه أفضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضى الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر وان نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعجبنى أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر في النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار (ومنها) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه ففى جواز تحليلها روايتان (ومنها) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع فى الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يبطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف فى القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة هل يبطل نكاحها على روايتين . ونمنعه ابتداء وكذلك فى القدرة على كفارة الظهار بالعق بعد الشروع فى الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح وقبله يوجب (ومنها) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها فان سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى فى البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضى وأصحابه فى مسألة الحجر الغريب (ومنها) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه فى الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه (ومنها) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله وانما استرق ولد الأمة المسلمة لانه جزء منها فهو فى معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلموا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لان عقاد سبيهم فى الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود فى الكفر .

﴿ القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة ﴾

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضى الله عنه .

فن الأول: المشتراة بشرط الخيار فى مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وان باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوصه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال فى رواية عبد الله فىمن باع جاريته على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقربها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا فى رواية حرب

وزاد إن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب الى حديث عمر حين قال لابن مسعود وكذلك نقل مهننا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى أمة بشرط لا يقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار إليه هو ما رواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها أن باعها فهي لها بالثمن الذي اشترأها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل قال عمنى كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها لأنه شرط لامرأته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانئ على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً في رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع (١) الأصحاب في توجيهه والامر فيه واضح على ما قرناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى وحمله القاضي على الاستحياء وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصرو لهذا نقول على رواية إذا شرط رجوعها إليه بعد صح فيكون تملكاً مؤقتاً. ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطئها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخلية في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبة إذا اشترطوا وطئها في عقد الكتابة والموجرة والجانية. وأما المرهونة فأنما منع من وطئها لوجهين. أحدهما أنه يفضى الى استيلاها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن. والثاني أن الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.

﴿ القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة ﴾

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟ إن كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المشتراة إذا ملكت بعقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وإن كان لغیر ذلك من الموانع فهو نوعان. أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهي على ضربين. ضرب يمتنع فيه جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالاحرام القوى وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف. وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى الى الانزال فلا يمتنع مما بعد افضاءه إليه من

(١) كاع الأصحاب: بمعنى اختلفوا والكوع تعوج اليدين من قبل الكوع.

الملاسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحليل والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثاني غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان في المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة (ومنها) الظهار يحرم الوطء في الفرج وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان أشهرهما التحريم (ومنها) الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطئها وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضي في المجرد الجواز (ومنها) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفي مقدمات الوطء وجهان (ومنها) الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما إذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

﴿ القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الواجب بقتل العمد هل هو القود عينا أو أحد أمرين إما القود وإما المادية ، فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والعفو عنه ، والصلح عنه .
« القاعدة الأولى » في استيفاء القود فيتعين حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عينا فلا يكون الاستيفاء تفويتا للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا ؟ على وجهين ، ويتفرع عايبها مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقصص الرامن من قاتله بغير اذن المرتهن فهل يارمه الضمان للمرتهن أم لا على وجهين . أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [قالوا ولا يجوز له القصاص بدون اذن المرتهن] لأن الواجب كان أحد أمرين فاذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتهن وقد كان تعلق حقه برقة العبد المرهون فيتعلق ببده الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر وقال القاضي والأكثرون بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني اذا أعتقه علما بالجناية . والوجه الثاني لا يارمه ضمان وصححه صاحب المحرر لأن المال انما يتعين (١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتهن لا يلزم ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال اذا جنى عليه جناية

(١) كذا في نسختي الدار وفي أصلنا انما يتعلق .

توجب القود بل له الاقتصاص. ولا نعدم شيئاً مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فأما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فأما ان قلنا الواجب القود عيناً فأما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضى وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بان الواجب أحد أمرين لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عيناً ، وعلا بآنه انما فوت على المرتين اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم جدت الشيخ مجد الدين صرح بهذا البناء الذى ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاختاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟ يخرج على المهرن (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل للمالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا؟ صرح القاضى فى خلافه بالمنع كالرهن سواء وهذا يتخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم يطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جعلاً للوصية بالمنفعة كالهبة التى لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضى فى خلافه قياس المذهب قول أبى بكر فى منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكاً فهو كقتل الرهن المهرن بقصاص استحقه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكاً له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون اذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبداً من مال المضاربة عمداً فان كان فى المال ربح فيها شريكاً وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضى وابن عقيل فلو اقتص رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

«القاعدة الثانية» فى العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان [أحدهما ثبوت الدية على الروايتين] وهى طريقة القاضى . والثانية بناؤه على الروايتين [

فان قلنا موجه أحد شيئين ثبتت الدية والإلم يثبت شيء بدون تراض منهما وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة ، فيكون القود باقياً بحاله لأنه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال على كل قول لأنه بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طاق احدهن فانه يتعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختياراً له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعاً وليس له اختيارهما جميعاً بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع منهن على المشهور .

الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى غير مال مصرحاً بذلك فان قلنا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الأمر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً ، فان كان ممن لا تبرع له كالمفاس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي المحرر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتعين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده وأما إن أسقطهما في كلام واحد متصل سقطاً جميعاً من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختياراً منه نقول لترك التملك فلا يدخل المال في ملكه (١) ، اذا نقرر هذا فهل يكون العفو تفويتاً للمال ان قلنا إن الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتاً للمال (٢) فلا يوجب ضماناً صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في السكافي بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التلخيص ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدمه ولم يذكر في الضمان اذا اقتص خلافاً ، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك ازمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلاً بل فات عليها جميعاً ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برئ ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما اذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجاناً ففى السكافي هو كالعفو عن المال فان كان محجوراً عليه لم يصح وإن كان واهياً ففيه ثلاثة أوجه .

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا نقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدها لا يصح وهو اختياره اعني صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس . والثاني يصح ويؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه فإذا زال الرهن ردت الى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل ، وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفلس والمريض فيما زاد على الثلث ولورثة ونحوهم فيخرج في الضمان وجهان كالإقتصاص اذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويتخرج على هذا الأصل مسائل :

(منها) عفو الزامن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى (ومنها) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجانا فالمشهور إنا ان قلنا الواجب القود عينا صح وان قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل إنه المنصوص يصح ، وعلى طريقة من حكى الضمان في المرهون ، وان قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله (ومنها) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس (ومنها) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك (ومنها) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك (ومنها) اذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالاتلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفوؤه في قدر قيمة المنافع لانها ملك للغير اذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر لأن الاجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الاجارة (ومنها) اذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل ان قلنا الواجب القصاص عينا فلم يجب بهذه الجناية مال فلم العفو ولا سيما على قولنا ان ملكه قبل القبول لهم ، وان قلنا الواجب القود عينا في المرهون يخرج هاهنا مثله (ومنها) العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد ان قلنا الواجب القود عينا فهو صحيح وان قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الواقف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تنبيهان » أحدهما : لو أطلق العفو عن الجاني عمداً فهل ينزل عفوؤه على القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية منها . والثاني ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العافي بآرادة

الدية مع القود . والثالث يكون عفوا عنهما إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه . وفي الترغيب ان قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وان قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص في أصح الروايتين والآخرى يسقطان جميعاً . « الثاني » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية ان قلنا الواجب هو القصاص عيناً فله تركه الى الدية وان قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب . أحدهما نعم ، وهو قول القاضي وابن عقيل . ولأن أكثر ما فيه أنه معين له النصاص فيجوز له تركه الى مال كما اذا قلنا هو الواجب عيناً . والثاني لا ، وهو احتمال في الكافي والمحرم لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ما اذا قلنا أن القود هو الواجب عيناً لأن المال لم يسقط باسقاطه . ويجب ان هذا ان الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجناية ، فان قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها اذ الدية غير واجبة بالجناية وكذلك اذا اختار القود أولاً ثم رجع الى المال وقلنا له ذلك فان الدية سقط وجوبها وان قلنا أحد شيئين فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

(منها) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا ؟ قال أبو الخطاب في الانتصار لا يصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها الا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذاراً من ربا النسيسة وربما الفضل ، وأطلق الاكثر جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل . قال في المغنى لا أعلم فيه خلافاً وصرح السامري في فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية . وان قلنا الواجب أحد شيئين وعلل بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة . وأما القود فقد يقال انما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرد المعاوضة في عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه انما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمد بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا ؟ إن قلنا الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالى فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبي بكر والقاضي والاكثرين خلافاً لابن حامد ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالى إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغنى والتلخيص

وكذلك السامري في المستوعب وهو خلاف ماقرره في الفروق ، ويتوجه على قول من قال الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان وهو وقف على اطلاق الاكثرين (ومنها) لو قتل عبده (١) عبداً من مال التجارة عمداً فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضى في التخريج أنه إن قلنا الواجب القصاص عينا لم يصير المال المصالح به للتجارة الا بنية (٢) وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع ، وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ ، وهذا منزل على أن الصلح وقع على المال أما إن قيل إنه واقع عن القود فقد يقال كذلك لأنه بدل عن العبد وقد يقال لا يصير للتجارة إلا بنية وظاهر تعليل القاضى يدل عليه لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجاني من اراقة دمه بخلاف ما اذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية فإنه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول . وذكر القاضى وابن عقيل في المضاربة اذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً فصالح عنه بمال من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة فهو كالمثلن ولم يبنياه على الخلاف في موجب العمد اذ هو بدل عنه بكل حال فلا حاجة هاهنا الى نية ولكن قد يبنى على ما ذكرناه من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية يحتمل عنده أنه متى قلنا القصاص يجب عينا أن المضاربة قد بطلت ويكون جميع ما صالح عنه للسيد ملسكا جديداً .

﴿ القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة ﴾

العين المتعلق بها حق لله تعالى أو لآدمي ، اما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فإن كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والالتلاف بكل حال ، وإن لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالالتلاف ان كان مستحق موجود والا فلا ، أما الأول فله أمثلة : (منها) الزكاة فاذا قلنا تتعلق بالعين على المشهور فإنها لا تسقط بتلف المال ويجب ضمانها (ومنها) الصيد في حق الحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء . وأما الثاني فله أمثلة كثيرة : (منها) الرهن يضمن (١) في ٧١١ : عبد عبداً . وفي ٧١٢ . لو قتل عبداً من (٢) من هنا الى قوله كقتل الخطأ عبارة أصلنا ويقابل ذلك في ٧١١ [بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين وهو مال التجارة بغير ركنين وعلل بأنه عوض عن المقتول] وفي ٧١٢ . هكذا [وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وعلل بأنه عرض عن المقتول فهو كقتل الخطأ وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع]

بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتلف (ومنها) العبد الجاني اذا أعدته سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الاثمين منه ومن قيمته على روايتين ذكرهما القاضى في المجرد وأنكر في الخلاف رواية الضمان بالأرش مطلقاً قال لأنه أتلف محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداءه فانه مع بقاءه قد يرغب فيه راغب فيبدل فيه ما يستوفى منه الارش كله فلذلك ضمنه بارش كله على رواية ونقل عنه ابن منصور انه اذا علم بالجناية ضمنه بالارش كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتله المالك لزمه قيمته للبجنى عليه ذكره القاضى في خلافه وان قتله اجنبى ففى الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى في كتاب الروايتين والآمدى روايتين . احدهما يسقط الحق قال القاضى نقلها منها لغوات محل الجناية . والثانية لا تسقط نقلها حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى في المجرد فيتعلق الحق بقيمته لأنها بدله فهو كما لو مات القاتل عمداً فان الدية تجب في تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب الجاني بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل قال احمد في رواية ابن ثواب في رجل قتل رجلاً عمداً ثم قتل الرجل خطأ لهم الدية قيل له وان قتل عمداً قال وان قتل عمداً فليل له فان قوماً يقولون انه اذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياءه بالخيار ان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعينت الدية في تركته وعلل بان الواجب بقتل العمد أحد شيئين وقد فات أحدهما فتعين الآخر . وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً أو أحد شيئين لأن الدية إنما تجب بأزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو فيكون موته كموت العبد الجاني والعجب من القاضى في خلافه . كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الاول يخبرون في القاتل الثانى بين أن يقتصوا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب المحرر فحكاه رواية ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً في خلافه الدية واجبة في التركة سواء قلنا الواجب أحد شيئين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيت وكذلك نص عليه في رواية ابن القاسم في الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليقاد منه فيأتى رجل فيقتله قال الولي الاول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم فنظر الى اولياء هذا المقتول الثانى فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد وقال إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله ان كان له مال لأنه منخير ان شاء أخذ الدية وان شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية في ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني والاصحاب وجهان فيها اذا قتل الجاني بعض الورثة حيث لا ينفرد بالاستيفاء هل الباقي حصتهم من الدية في مال الجاني أم على المقتصم على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتصم بما فوق حقه ، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البيعة عند الحاكم فامر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل ماللحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما ان قلنا الواجب بقتل العمد القود عيناً (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا (١) عن واجب في الذمة فإن أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه بمثله لأن مستحقه موجود وهم المساكين وان تلف بغير تفريط فلا شيء عليه ، ونقل القاضي في خلافه وأبو الخطاب في انتصاره [وابن عقيل في عمده رواية] بوجوب الضمان كالزكاة واخذوه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فعطب دون محله فعليه مكانه ، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى انما هو في الواجب في الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمه على الروایتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فأت قبل أن يمتقه لم يلزمه عتقه غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه أحمد لم يجزه عن المنذور ، وأن قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين . أحدهما لا يلزمه قاله القاضي وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الاحكام والمصرف للعبد فاذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثاني يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمة في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاء اذا حصل من المعتق في الكفارة صرف في الرقاب والولاء أليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات واذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه ، ولو أتلفه اجنبي فقال أبو الخطاب لسيد القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق وخرج بعض الاصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فان قيمته له اذا قتل . (٢)

(١) في أصلنا: عن واجب في الذمة (٢) كذا في أصلنا وفي ٧١١. وفي ٧١٢ ولهذا: لو وصى بعبد فقبل قوله فان قيمته له اذا قتل (ولعله الصواب) .

(القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة)

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدراً بالشرع وببعضها غير مقدّر به ، فهي ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه بحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض مع المصبات في الميراث فها هنا قد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثاني أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر ، وكولا الى الرأي والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه فلا يراد الحق الذي لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

(منها) الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز أن يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفى وقبل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفي حق العبد خمسين الا سوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدا مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال في المغنى ويحتمله كلام أحمد والخرقي . وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبي بردة (ومنها) السهم من الغنيمة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لأدنى سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر . النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرا شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به فهل هو كالمقدّر أم لا ؟ ان كان محلها واحدا لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف وان كان محلها مختلفا فالخلاف في باوغ المقدر ومجاوزته فالاول كالْحُكُومَةُ اذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفي باوغه وجهان والثاني كدية الحر مع قيمة العبد فاذا جاوزت قيمة العبد فهل تجب القيمة بكاملها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها على روايتين ، وقد يخرج عليها جواز باوغ الحكومة الارش المقدر مطلقا .

(القاعدة الأربعون بعد المائة)

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له المانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذ قتل مسلم ذميا عمدا ضمنه بدية مسلم (ومنها) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نص عليه وقيل يختص ذلك بالثمر والكثرة (ومنها) الضالة المكتومة يضمن بقيمتها مرتين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بان التضييف في الضمان هو لدرء القطع وهذا

متوجه على أصله في قطع جاحد العارية (ومنها) أو قلع الأعور عين الصحيح فإنه لا يقتصر منه وتلزمه الدية كاملة نص عليه (ومنها) الصغير إذا قتل عمداً وقتلنا أن له عمداً صحيحاً ضوعف عليه الدية في ماله (ومنها) السرقة عام المجاعة قال القاضي في خلافه يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد لأنه احتج في رواية الأثرم بحديث عمر في رقيق حاطب (ومنها) السرقة من الغنيمة إذا قلنا هي كالغلول وإن الغال يحرم سهمه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقة مع حرمان سهمه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر. وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذى الرحم عمداً لأن القصاص فيه قد يكون واجبا في غير الابن وإنما هو لزيادة حرمة الجنابة فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والاحرام .

(القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة)

إذا أتلف عينا تعاقبها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها الى مدة معلومة تلزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين ، ويخرج على ذلك صور :

(منها) أو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابسا لا رطباً على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطباً (ومنها) لو أتلف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الاتلاف أو يوم النحر، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبياً، وفي الكافي يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الأمانة والتفرقة بعد لزومها فزومه ضمانها كما لو أتلف شيئين قال ويشتري بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به ، ويلتحق بهذا ما إذا أكل المضحى جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فإنه يضمنه بمثله لحماً نص عليه في رواية ابن منصور، لا تلزمه الأمانة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فلزمه ضمانه ولو أتلفه غيره فعليه قيمته لأنه لا يلزمه الأمانة فزومه القيمة ويشتري بها مثله .

(القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة)

ما زال من الأعيان ثم عاد بأصل الخلقة أو بصنع آدمي هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد في مسائل :

(منها) لو قلع سنه أو قطع اذنه فأعاده في الحال فثبت والتحيم كما كان ولم يرخ فهل يحكم بطهارته أم لا نص أحمد على طهارته إذا ثبت والتحيم وعلى نجاسته إذا لم يثبت وحكى القاضى المسألة على (١) روايتين ، وفرق ابن أبى موسى بين أن يثبت ويأتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة اليه وهذا بخلاف ما إذا لم يثبت وهذا حسن . فان كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولادية سوى حكومة نفسه واختاره أبو بكر وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضى حقه بحاله فأما إن اقتص من الجاني فأعاده والتحيم فهل للبفتص إباته ثانياً أم لا نص أحمد في رواية ابن منصور على أن له إباته وعلى أن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضى في المجرد ليس له ذلك (ومنها) لو قلع ظفر آدمى أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب لأن أطراف الآدمى لا تضمن بالانلاف اذ ليست أموالاً فانما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرية على وجه لنا وقد ذكروا في الجارية المغصوبة اذا هزات عند الغاصب ثم سمت فهل يضمن نقصها على وجهين والاشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص في رواية ابن منصور فيمن كسر خلخالاً لغيره ان عليه اصلاحه وبينهما فرق فان اصلاح الخلخال نوع ضمان بخلاف عود السمن ولكن صرح صاحب التاخيص بانه لو غصب جداراً فنقضه ثم أعاده فعليه أرش نقصه الا أن هذا بناء على أن الواجب الارش فالبناء عدوان ولا يسقط به الواجب . وكذلك ذكر القاضى فيما اذا باع الغاصب الدار المغصوبة فنقضها المشتري ثم بناها أن على المشتري ضمان قيمتها مبذبة ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم اذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد فنى ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الاحرام ثم نبت فهل يضمنه على وجهين لتردد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد المحرم بين ضمان الامول اذ هي أموال في الجملة وبين ضمان الآدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والاشبه أن صيد الحرم ونباته ملحق بالآدميين لعصمته بمحله بالنسبة الى جميع الناس بخلاف صيد المحرم فان تحريمه يختص به فهو شبيه بالاموال المملوكة التي تحمل للمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاد حائطاً لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فهل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون اذن لان الثاني غير الاول فلم تتناوله الاعادة والاصح ذكره القاضى وابن عقيل في العارية والثاني له ذلك ان أعاده بآلته العتيقة والا فلا وحكى عن القاضى

(١) في أصلنا : فحكى القاضى في المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقا بعقد صالح فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً (ومنها) إذا أجره داراً فأنه لم يجزها فأعادها المؤجر فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله أن جدد فلا خيار له ، وحكى وجهاً باجباره على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعاد بآلتها العتيقة أو غيرها كمافي التي قبلها (ومنها) مسألة الجدار المشترك إذا تهدم وأعاد أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . إن أعاده بآلة جديدة لم يعد وإن كان بآلة العتيقة فوجهان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بدار فأنه دمت فأعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعود البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة ، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت ، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) إذا تهدمت الكنيسة التي تقرأ في دار الإسلام فهل يمكن أن يعادها على روايتين معروفتين ، بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهزمة تقرأ هل يجوز بناؤها ؟ فيه طريقتان . أحدهما المنع منه مطلقاً . والثاني بناؤه على الخلاف في بناء المنهزمة .

(القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة)

يقوم البدل مقام المبدل ويسد مسده ويبني حكمه على حكم مبدله في مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) إذا مسح على الخف ثم خلعه فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فوات الموالة لأن المسح كل الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع فإذا وجد الخلع فاعقبه غسل القدمين فالوضوء كالتواصل . وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي ثم وجد الماء بعد فوات الموالة لم يازمه إلا غسل باقي الأعضاء وهو ظاهر ما ذكره الشيخ مجد الدين في شرح الهداية لكنه بناء على سقوط الموالة للعذر (ومنها) لو ائتمن المتصارفان ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل ينقضى الصرف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بمثلهم انعقدت الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب ، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا في ابدال أحد النقصين بالآخر فان فيه روايتين وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية بالبناء في الابدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف ما لو باعه بضمن وذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا على روايتين، وانكر القاضى ذلك وقال هي بيع بلا خلاف وانما أجاز أحمد ابدال المصحف بمثله لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دينوى بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحى بما ينتفع به في البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت (ومنها) ابدال الهدى والأضاحى بخير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا بادأهله، وفي الوقف مع عمارته بخير منه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما في التلخيص وغيره وأشار إليهما القاضى وابن عقيل بأن كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وان قلنا لا يصح فخرجهما القاضى على وجهين. قال في التلخيص ان قلنا هو ابتداء فلا يصح وان قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراه وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع اليه بخلاف الابتداء أما اذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وارثه وكان المال عرضاً فهو كالا ابتداء وجهاً واحداً قاله القاضى والا كثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فانه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده نسبياً فرده فهل يستحق بدله ولا يرث العتق أم يرث العتق برده على وجهين وبناء بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المسكاتب على وجهين (ومنها) أن العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا على وجهين.

﴿ القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة ﴾

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهي نوعان: حقه وحق عليه .
فاما النوع الأول فما كان من حقوقه يجب بموته كالدية والقصاص في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه، وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل اليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبة بالقصاص توجب

تحمته فلا يتمكنون بعدها من العفو وما كان واجبا له في حياته ان كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحد في أكثر الروايات وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضي ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه انما يستوفي للبيت بمطالبته منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبني على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحد في رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ذكره القاضي في خلافه (ومنه) الأرض الخراجية التي بيده لأن هذا حق قد احدثه وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها (ومنه) حصة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغانم ان سلمناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للغنيمة وانما جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والغنيمة تابعة ، وأما ان لم يكن يطالب به فهو ضربان : أحدهما : حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالفقاص وحد القذف ففيه قولان في المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج في ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث بمطالبة على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحد أحدهما : أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبته به ولو علمت رغبته من غير مطالبة لسكنى في الارث ذكره القاضي في خلافه . والثاني أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا إنها على الفور ، فعلى هذا لو كان غائباً فلهم المطالبة وليس لهم ذلك على الأول ونقل عنه أبو طالب (١) اذا مات صاحب الشفعة فولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفي (٢) ارثها في رواية مهنا وغيره وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بآرثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون الالة أيضاً صرح به القاضي وظاهر كلام [أبي الخطاب] تخريج الخلاف فيه وعن أحد في الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الوهاب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه او هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأثور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) في ٧١١ : أبو الحارث (٢) فيما : ببقاء ارثها .

فاذا لم يفعله سقط أو هو مأمور به لحق بقية الاولاد المظلومين فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته ؟ (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيما دون النفس وظاهر كلام أحمد في قدمناه أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضى والاكثرين أنه يستوفى وعللوا بأنه يسقط الى مال فهو كخيار الرد بالعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصوص عن أحد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضى والاكثرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقى يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقربته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له . قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقى وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس في النص ما ينفيه صريحا ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثاني : حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الاموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فان الحقوق فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الاملاك ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لانه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الرهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لانه توثيق فهو كاشهادة وعلله القاضى بأنه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات وله دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين في حياته فانه يفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه في رواية مهنا لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل في أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضى في خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث ؟ والمشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار الثابت بفوات الصفة المشروطة في العقد مثله ذكره القاضى أيضا ممللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضى في كتاب الترخيع أن من باع سلعة الى أجل ثم مات المشتري فاشتراها البائع من وارثه باقل من الثمن لم يحز لأن الوارث يملكها على

(١) في نسختي الدار : بالارث مطلقا (٢) في أصلنا : لورثته الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني : الحقوق التي هي على الموروث ، فإن كانت لازمة قام الوارث مقامه في إيفائها وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في إيفائها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيا (ومنها) إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كاللحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا. ولو فعلها عنه أجنبي بدون إذنهم ففنى الأجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال في المغنى إن أعتق فيها الأجنبي لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام الموروث في ماله وإدائه واجباته، وفي البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجنبي فلا يصح عتقه عنه وفي صحة إطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه في الذبح

« تنبيه » : كثير من الأصحاب يطاق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالأقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصة ، فاما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصة وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة (ومنها) إذا مات الراهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه في اختيار التقيض والامتناع ذكره الأصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب (١) لأنه عقد يؤول إلى لزوم فلا يبطل في الموت كالبيع في مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن في المضاربة خلافا سبق (ومنها) إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه في ذلك كالأرهن قاله أبو الخطاب والثاني يبطل وهو المنصوص في رواية ابن منصور واختيار ابن أبي موسى وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة ، وأما العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فجعلها الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

(القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة)

المعدة البائن في حكم الزوجات في مسائل :

(منها) أن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منعه فلم يعمل في المنع مدامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت في عدة اختها البائن ، والخامسة في عدة الرابعة تنزىلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن العدتين من رجلين (٢) لا يتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها أتمت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة كما لا يحبس عليهما في نكاح واحد ، وإن كان الواطئ بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لا تحل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ مجد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين (ومنها) لو طاق المدخول بها إطلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين في الرجعية إذا روجعت أو طلقت في العدة قبل الإصاغة هل تبني أو تستأنف وهو المذكور في المجرى والفصول والمحرر . والثاني تبني هنا رواية واحدة وهو ما في تعليق القاضي وعدم الأدلة لانقطاع النكاح الثاني عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة الميراث فنص أحد في رواية البرزاطي على أنها ترث ما لم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها وحكي القاضي عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ماسكهم أو على مالك الموروث ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل والا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز . وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً ، وعنه لها النفقة والسكنى حكاهما ابن الزاغوني وغيره مطلقاً وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

(١) في أضلنا من رجل ، وعلى رجل .

﴿ القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة ﴾

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور :

(منها) ان في اباحتها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الإيلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر غلّي بها ثم طلقها وقلنا تجب عليها العدة بالخلو وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها ازواجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الرغبة (ومنها) اذا علقت الرجعية في مدة الددة بولد فهل تاحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبي من طفلها (١) هل تعود الى حضنته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة أو تعتد باطولهما على روايتين (ومنها) أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

﴿ القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة ﴾

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع :

(منها) الميراث (ومنها) الدية (ومنها) انعقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة (ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعثق رجل في الفسك كك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبي موسى في المسئلة روايتين . احدهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والامة في ذلك سواء (ومنها) عطية الأولاد في الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً وهو نصف الشهر .

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة ﴾

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق ارثه سقط به ، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مسثلتان : احدهما ، ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها لأنهم يرثون بالأخوة

(١) في أصلنا وفي ٧١٢ : متى طلقها . وفي نسخة الدار : هل تعود الى حضنتها منه

لا بالأئمة . والثانية الجدة أم الأب تراث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها تراث ميراث جدة
لا ميراث جد

(القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة)

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في احكام:

(منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض ولا عصبه ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الاصحاب من بناهما على هذه القاعدة ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصبه وارث أم لا ويتعلق بهذا إذا أقر الامام بنسب من لا يعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل يثبت نسبه لأن المال للمسلمين والامام نائبهم وهذا كانه تفريع على القول بتوريث بيت المال ، ويتوجه مثل ذلك في اجازة الامام وصية من وصى بكل ماله وقلنا لا يجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل ولا وارث له فالامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له أن يقتص على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الاموال التي يجهل ربهما يجوز التصديق منها بخلاف ما علم ربهما وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذامات من لا وارث له وعليه دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل في المجرد وصاحب المغنى يحل لأن الاصل يستحقه الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى في خلافه احتمالين لأن له وارثاً لكنه غير معين ، وقد يتخرج على هذا ما اذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الاجارة أولاً ؟ فان أحد نص فيمن اكرت بغيراً ليحج عليه فمات في بعض الطريق فان عاد البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذامات من لا وارث له بعد المطالبة بها ، وفي عمد الأدلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك في قياس المذهب (ومنها) أن المال المستحق لغير معين كالزكاة لا تقف ادائه على مطالبتهم ولا على مطالبة وكيانهم وهو الامام ولهذا لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الاداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب الاداء اليه بدون مطالبة .

(القاعدة الخمسون بعد المائة)

تعتبر الاسباب في عقود التمليكات كما يعتبر في الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :

(منها) مسائل العينة (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء فإنه لا يجوز قبولها من لم يجز له منه عادة (ومنها) هدية المشركين لا مير الجيش فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الاصحاب (ومنها) هدايا العمال قال أحمد في رواية أبي طالب في الهدايا التي تهدي للامير فيعطى منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فإن سببها طلب استدامة النكاح فإن طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه أحمد في رواية عبد الله (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعته عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضي وأوما اليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح في السنن ، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده ودیعة فأداها فهديت اليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند أداء سائر الامانات حكم الوديعة (ومنها) مانص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم لأنها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضي على انها ان كانت مأخوذة في المجلس فلحققت بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة الى ذلك (ومنها) ما حكاه الاثرم عن أحمد في المولى يتزوج العربية بفرق بينهما فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدي هدية يردونها عليه . قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحالة تبدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كاجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الاجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد

﴿ القاعدة الحادية والخسون بعد المائة ﴾

دلالة الاحوال يختلف بها دلالة الاقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بمجرد ما يخرج عليه مسائل :

(منها) كنيات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها (ومنها) كنيات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح (ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الاسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضي في روايته ويخرج عليهما لو أقر بما لم يقر به في هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به (ومنها) لو أقر المحبوس أو المضروب عدواناً ثم ادعى الاكراه قبل قوله نص عليه . ولو احضر الى سلطان فأقر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضاً . ويتخرج قبله اذا ظهرت منه اماره ذلك من تلجلجه في الكلام ورعدة ونحوها (ومنها) لو دخل حربي اليناومعه سلاح فادعى انه جاء مستامناً لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح قبل نص عليه . وكذلك لو جاء بعض عسكرنا بحربي وادعى انه اسره وقال بل امتنني فنية روايتان وثالثها أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه او قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتمام كتابته فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقاً وقال السيد انما أردت الاخبار بعقده بالاداء ولم ارد تنجيز عقده فالقول قوله ذكره القاضي في المجود وابن عقيل وقد نص احمد في رواية المروذي في رجل قالت لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فابصرها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدنيه في ذلك . وأيضاً فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذي منعها منه ولم يكن موجوداً وهذا يشهد لقول القاضي فيما إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الهاء . أنها تطلق مطلقاً سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافاً لما ذكره ابن أبي موسى انها لا تطلق اذا لم تكن دخلت من قبل لانه انما طلقها لعله فلا يثبت الطلاق بدونها ، وكذلك أفتى ابن عقيل في فتونه فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق . وجعل السبب كالشرط اللفظي وأولى وهذا هو قول عطاء بن ابي رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها ملكه فقي قطعه روايتان ثالثا ان كان معروفاً بالسرقة قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه إلى من يخطه أو يقصره أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الاجرة على ذلك استحق الاجرة (ومنها) الهبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل خنيل عن أحمد ما يدل على وجوب اثابة والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيطاً وبجنبه مال ظاهر أو مدنون دفناً فإنه يحكم له به .

وكذلك ما يكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل وما صلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها في ابرة أو مقصر أو تنازع المؤجر والمستاجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بمعاقد القمط وهو رواية حكاهما ابن أبي موسى والحاق النسب بالقافة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى تلى الخليفة أنه اشترى منه مافيه ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه وإن أطاق الدعوى عليه ففى سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول من يدعى مهر المثل على احدى الروايتين .

﴿ القاعدة الثانية والخسون بعد المائة ﴾

المحرمات في النكاح أربعة أنواع .

النوع الأول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الأدنى وإن سفلن وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فيدخل في أصوله أمه وأم أمه وأم أبيه وإن علون ، ودخل في فروعه بنته وبنت بنته وبنت ابنته وإن نزلن ، ودخل في فروع أصله الأدنى اخواته من الابوين أو من أحدهما وبناتهن وبنات الاخوة وأولادهم وإن سفلن ، ودخل في فروع أصوله البعيدة العمات والخالات وعمات الابوين وخالاتهما وإن علون . ولم يبق من الاقارب حلالاً سوى أصول فروعه البعيدة وهن بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات .

النوع الثاني : المحرمات بالصهر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلال الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وإن علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهي الربية وبنت بنتها وإن سفلت ، وتحرم بنت الربيب أيضاً نص عليه في رواية صالح وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وإن علا وامرأة ابنه وإن سفل

(١) في ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ

النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احدهما ذكراً لم يحز له التزوج بالآخرى لأجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأمها وان علت . قال الشعبي : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احدهما رجلاً لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد في رواية ابنه عبد الله باسناده . وانما قلنا لأجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذ لا محرمية بينهما ليخشي عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه في رواية الاثرم وحرب وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرم من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به ما يحرم من النسب في الاوواع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع . وقال أحمد في رواية ابن بدينا في حليلة الابن من الرضاع لا يعجنى أن يتزوجها يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس على هذا الطائفة ايراد صحيح سوى المرضعة بلبن الزنا والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أنها محرمة كالبنات من الزنا فلا ايراد إذا والله أعلم .

(القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة)

ولد الولد هل يدخل في مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع . أحدها أنه يدخل في مسمى مطلقاً مع وجود الولد ومقدمه وذلك في حقور :

(منها) المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء (ومنها) امتناع القصاص بين الأب وولده (ومنها) امتناع قطعه في السرقة من مال ولده (ومنها) رد شهادة الوالد لولده (ومنها) وجوب اعتناق الولد على والده (ومنها) جر الولاء فإذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فبعتق نفسه انتقل الولاء إلى مولى الجد سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في إحدى الروايتين وفي الأخرى ان كان الأب مفقوداً جر الجد الولاء إلى مواله وان كان موجوداً لم يجره بحال وفي الثالثة لا يجره الجد بحال فيخص جر الولاء بعنق الأب (ومنها) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نص

عليه أحمد في رواية المروذي ويوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبد الله المنادي وهو الذي جزم به الخلال وابن أبي موسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أو لا يدخلون إلا بعدهم على الترتيب على وجهين للاصحاب ، وفي الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الاولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثاني هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفي أحكام القرآن للقاضي ان كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بأية المواريث قال وبصح حمل اللفظ على حقيقة ومجازه في حالين مختلفين لافي جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالاً بأن اطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة نفيه ، وفي المجرّد للقاضي لو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء ومن الاصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون في اطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما رتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الاولين خاصة بخلاف حالة الاطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص (ومنها) الوصية لولده وقد جعل الاصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف وأشار الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تملك للوجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فأنما هو في ولد البنين فاما ولد البنات ففيه وجهان . للاصحاب اختار الخرق والقاضي أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروذي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد فن الاصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الوالد اذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي ومال إليها صاحب المغني (ومنها) المنع في دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء في ذلك ولد الذكور والاناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنات قد ثبت له حكم الوالد في موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فان المراعى فيهما يصدق الاسم وثبوته في العرف لا جريان الحكم والله أعلم .

النوع الثاني : ما يدخل فيه عند عدم الولد لامتجعه وجوده وذلك في صور : (منها) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كما يرثون آباءهم ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كآب مطلقاً بحيث يحجب الاخوة كلهم اختار ابن بطّة وأبو حفص

البرمكي والشيخ تقي الدين (ومنها) ولاية النكاح فيل الجدة فيها بعد الاب مطلقاً مقدماً على الابن على قول الحرقي والقاضي لكن لا يقوم مقام الاب في الاجبار على المذهب وحيكى ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنابة فيل الجدة بعد الاب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحصة فان الجدة أو لورجالها بها بعد الاب .

النوع الثالث : ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور كثيرة (منها) الرجوع في الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان في الجهاد (ومنها) الاستتباع في الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذي معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر ارثه على روايتين أصحهما لا يلزمه أكثر من مقدار ارثه منه وفي الاقناع لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجد والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لا يلزم منهم الغنى النفقة إلا بالحصة بغير خلاف .

(القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة)

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر ؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوصاً هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاها قولاً في المذهب ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثاني أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استقل بها الاجنبي فلذلك ازوه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد . وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وظى الاب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا ؟ على وجهين مذكورين في المغنى وغيره . وهما منزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا ، إذ لا غرم هنا على الزوج ، ونقل منها عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا اليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال فقلت له ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها . قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها قال لا وإنما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب اليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الفساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان : أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هذا أولى لأن المفور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجنبى فانه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى إذا الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود اليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فانها تنقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله : والوجه الثاني أنه لاضمان على المفسد بحال لاستمرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم واليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين . وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الاصحاب لاضمان عليها بغير خلاف لئلا يازم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عليها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتى وكما قال الاصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعاق به حق توفيه باتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فانهم يغرمون نصف المهر وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً على روايتين مأخوذتها تقويم البضع وعدمه . وعلى التفرع يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فانه يخير بين زوجته وبين المهر فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذى أقبضه إياها أعنى الأول لانه هو الذى استحقه على أصح الروايتين . وعلى الثانية يأخذ المهر الذى أعطاهما الثانى وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثانى أم يرجع به على المرأة على

روايتين . احدهما يرجع به عليها لأن الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها . والثاني لا يرجع به لأن المرأة استحقته بالاصابة فلا يجوز أخذه منها (ومنها) إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني وقلنا على رواية أن الثاني أحق بها قبل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضي الضمان لأن خروج البضع متقوم (ومنها) إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت اليها ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الاسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر . وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهرهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صلح الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من الطرفين (ومنها) خلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان بحريمه كخمر أو خنزير قال أبو بكر والقاضي والأصحاب هو كالخلع الحالى عن العوض فاذا صححناه لم يلزم الزوج شيء بخلاف النكاح على ذلك وعند الشيخ تقي الدين يرجع إلى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الحرقي في خلع الأمة على سبعة أيدها أنه يصح ويتبع بقيمتها بعد العتق (ومنها) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها فالذهب أنه غير جائز وأن الضمان على الأب نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتأخرين وجهاً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التي نقول فيها ان للأب العفو عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الذي يده عقدة النكاح وذكر صاحب المغنى احتمالاً في ولي الصغيرة والسفينة والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ في ذلك وكذلك أشار إليه ابن عقيل في الفصول (ومنها) اذا قال لزوجته أنت طالق بالف فلم تقبل طلقت رجعياً ولم يلزمها شيء . نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية منها ولو قال لعبدك أنت حر بالف فلم يقبل لم يعتق عند الأصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يعتق العبد بغير شيء . كما في الطلاق لأن الطلاق والعناق فيها حق لله تعالى وليس العوض بركن فيها اذ لم يعلقها عليه بل اوقعها منجزاً وشرط فيها العوض فاذا لم ياتزما العوض لنى ووقع الطلاق والعتق لما فيها من الحق لله تعالى الذي لا يمكن ابطاله

(القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة)

يتقرر المهر كله المرأة باحد ثلاثة اشياء :

(الاول) الوطء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللمس للشهوة والنظر الى الفرج أو الى جسدها وهي عارية فمن الاصحاب من أحقّه بالوطء وجعله مقررًا رواية واحدة لأنه أكد من الخلوة المجردة ومنهم من خرج على وجهين أو روايتين من الخلاف في تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عاداته فعل ذلك في الملاء استقر به المهر لأن ذلك خلوة مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله في رواية منها أنه اذا تعمد النظر اليها وهي عريانة تغتسل وجب لها المهر (والثاني) الخاوة ممن يمكن الوطء بمثله فان كان ثم مانع اما حسي كالجب والرتق أو شرعي كالاحرام والحيض فهل يقرر المهر على طرق للاصحاب. احدها أن في المسئلة روايتين مطلقتين وهي طريقة القاضي في الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغنى الا انه اورد رواية ثالثة بالعوض بين المانع المتأكد شرعا كالاحرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطء ودواعيه كالاحرام وصيام رمضان ففيه روايتان وان كان لا يمنع الدواهي كالحيض والجب والرتق استقر رواية واحدة وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصداق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهي طريقة القاضي في خلافه ومن الاصحاب من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالخواة لمجردھا بدون الوطء اخذا بما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلا بها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف الصداق وعليها العدة وانكر الا كثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن الخاوة انما قررت المهر لانه مظنة الوطء المقرر فقامت مقامه في التقرير لأن حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالبا [فعاق الحكم على] مظنته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التي هي الوطء لم يقبل ذلك في اسقاط العدة لأن فيها حقاً لله تعالى وهل يقبل في سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض للزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الا كثرون عدم قبوله للملازمة للعدة وهذا يرجع الى أن الخلوة مقررة لمظنة الوطء ومن الاصحاب من قال انما قررت لحصول التمكن بها وهي طريقة القاضي وردھا ابن عقيل بأن الخلوة مع الجب لا تمكن بها قال وانما قررت لأحد أمرين اما لاجماع الصحابة وهو حجة أولان طلاقها بعد الخلوة بها ووردھا هذا فيها ففيه ابتداء وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح الا بالنكاح من المرأة فدخل في ذلك الخلوة واللمس

بمجرد همالان ذلك كله معقود عليه في النكاح . والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب قيل له فإن أخذها وعندها نسوة فمسمها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها قال اذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر. وعلى هذا فقال الشيخ تقي الدين يتوجه أن يستقر المهر بالخاوة وإن منعه الوطء بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقيل الفرقة وان طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على تهرتها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو إذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغنى وقد سبقت:

(القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة)

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقة قبل الدخول . ان كانت من جهة الزواج وحده أو من جهة اجنبي وحده تنصف بها المهر المسمى وان كانت من جهة الزوجة وحدها سقط بها المهر وان كانت من جهة الزوجين معاً أو من جهة الزوجة مع اجنبي ففي تنصف المهر وسقوطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[القسم الأول ما استقل به الزوج وله صور (منها) طلاقه وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لأن السبب كان منه وهو الطلاق وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقي الدين ان كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بدفعها مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بدفعها فان في إرثها روايتين ويشهد لذلك مسألة التخيير فإنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها فهل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبي موسى والتخيير توكل محض والتعليق بفعلها في موته والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للخيرة قال مهنا سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال في قلبى منها شيء ثم قال لا ينبغي أن يكون لها شيء قلت انى سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق . فقال لى فان اسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم يكون لها عليه صداقها قال في هذا يدخل عليهم انتهى (ومنها) خلعه ونص عليه أحمد في رواية مهنا أنه يوجب نصف المهر وعمله القاضي بأن الخلع يستقل به الزوج لأنه يصح مع الاجنبي بدون رضى المرأة فلذلك نسب اليه . وفيه وجه آخر أنه يسقط به

المهر فمن الأصحاب من خرج على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جملة مما يشترك به الزوجان لأنه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط أثرها بالخلع في المرض وهذا على قولنا لا يصح مع الأجنبية أظهر . فاما ان وقع مع الأجنبية وصححناه فينبغي أن يتصف به المهورجاً واحداً ومنها اسلام، والزوجة غير كتائية في احدى الروايتين وفي الأخرى يسقط المهر لأنه فعل الواجب عليه وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلا يكون لها مهر (ومنها) رده عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فيفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر بالحقة اما لظهور عيب في الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحقت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثاني : ما استقل به الاجنبي وحده (ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . ما استتمت به الزوجة وحدها وله صور (منها) ردها (ومنها) اسلامها وفيه رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ الى امتناع الزوج (ومنها) ارضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج وكذلك ارضاعها منها وهي صغيرة (ومنها) فسخها النكاح لعيب الزوج قال الأصحاب هو منسوب اليها لا اليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسخها لعيبها رد للمعقود عليه بعيب فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب بخلاف فسخها لعيبه فان العيب ليس في المعقود عليه بل في غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح وفي خلاف سبق ذكره والظاهر في الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر انما شرعت لازالة ضرر حاصل فاذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين [على الآخر] إلى ما بذله سليماً كما خرج منه فلا حق له في غيره بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فإنه يحصل به للزوجة انكسار وضرر فجبهره الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر

والمصلحة عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل منها عن أحمد في مجيب تزويج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق اذا لم ترض به . قال الشيخ تقي الدين هذا يدل على أن المرأة اذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي مذكورة في الفسخ وأما القاضي فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للمانع القائم به (ومنها) فسوخا النكاح لاعتسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح قال القاضي والا كثرون هو منسوب اليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر في التنبيه فسوخا لفوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به اليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها مما هو من فعل الزوج وهو قادر على ازالته ، وأما الفسخ لعسره فهو كالفسخ لعيبه كما تقدم قال الشيخ تقي الدين ويلزم من قال ان خروج البضع متقوم بمهر المثل وأن الفرقه من جهتها كإللاف البائع للبيع قبل القبض أن يخير الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضممان المسمى لها وبين إسقاط المسمى (ومنها) فسخ المعلقة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان احدهما لا مهر لها اختارها الخرق وغيره لاستئلالها بالفسخ كالحررة والثانية يتنصف المهر نقلها منها واختارها أبو بكر لأن السيد هو مستحق المهر فلا يسقط بفسخ غيره ويحجب عنه بان اعتاق السيد لسبب في الفسخ يسقط حقه لتسبيه في سقوطه وأن باشره غيره كن قال لغيره القى متاعى في البحر ففعل

القسم الرابع : ما اشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقه انها تقع بلعانها وقال القاضي يخرج على روايتين أصلهما إذا لعانها في مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعا وقد سبق أن المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي واصحابه ولأن لنا فيه وجه آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسخ فانه يكون منسوباً اليهما فيكون كالتلاعن بخلاف ما اذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستعمل به الزوج فهو كالمو قال لها ابتداء أنت طالق بألف فقبلته ويتخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وان قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بسؤالها ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه هل ترثه أولا روايتان . وجزم ان أبي موسى أنها لا ترثه لأن الفرقه جاءت من قبلها فلا يكون لها شيء من الصداق حيثئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي وله صور (منها) شراؤها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه أنه يتنصف بها المهر تغليبا لجهة الأجنبية هنا وهو البائع إذ هو أصل المقدوم منه نشأ عنه تلقى والثاني يسقط المهر تغليبا لجهة الزوجة إذ الانفساخ متعقب لقبولها فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كجنى الفسخ من الحرية المستحقة للمهر وهذا متجه على ما اختاره في فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذى زوجها لأجنبي ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثانى وهو غير مستحق للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافى سقوط المهر بأن الزوجة شاركتة فى الفسخ فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب الفسخ فاسند اليه وان لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعيب الزوج اليه وان لم يكن باختياره وعلى هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى اطلاق الاكثرين (ومنها) اذا مكنت الزوجة من نفسها من ينفسخ النكاح بوطئه كآب الزوج أو ابنه فقال القاضي ومن اتبعه يسقط مهرها اسناداً لفسخها اليها وقال الشيخ تقي الدين يخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الأجنبي وبقي هنا قسم سادس: وهى الفرقة الاجبارية ولها صور (منها) أن يسلم الكافر وتحتة عدد لا يجوز له جمعه فى الاسلام فيفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب له من المهر ذكره القاضي فى الجامع والخلاف معللا بأنه ممنوع من امساكن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التى بعدها. وأما الطلاق فى النكاح الفاسد فذكر ابن عقيل وجها أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فانما يسقط لأن المهر يجب فى النكاح الفاسد بالاصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اخن فى عقدين وأشكل السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه فى المهر قولان: أحدهما يجب نصف المهر ثم يقتصران فن وقعت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحدهما فى نفس الأمر فتعين بالقرعة. والثانى لا يجب شيء به لأنه مكره على الطلاق فكان الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئا والمنقول عن أحمد فى هذه المسألة ما نقله عنه منها أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لهما جميعاً وما أخلقه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئا وهذا يدل على أهمهما يقسمان نصف المهر لا يميزان عليه. ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجهل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لها شيء على وجهين وحكى عن أبي بكر أنه اختار أنه لا شيء لها وبه أفتى أبو يعلى النجاد. قال الشيخ تقي الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاشتباة الزوج .

(القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة)

اذا تغير حال المرأة [المعتدة] بانتقالها من رق الى حرية أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكناً من تلافى نكاحها في العدة لزمها الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الا بانه في المريض . ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك امام فاسلن واعتقن فان عدتهن عدة حرائر لانه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهي في مسمى عدة الرجعية بخلاف ما اذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على الشك فان عدتهن عدة امام لان الزوج لا يمكنه تلافى نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه في رواية ابن منصور لانه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهي تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

(القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لا اعتضاده بما يرجحه ، فان تساوى اخرج في المسألة وجهان غالباً (ومن صور ذلك) ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغنى والمحرم لأن الأصل عدم بلوغه قلتين . والثاني هو طاهر وهو أظهر لأن الأصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل الى التيمم الا بعد تيقن عدمه ، وأيضاً فللأصحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمشقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا ان يكون يسيراً فينجس] لان اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثاني يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في اثبات نصف القرية الذي روى (٤٣ - قواعد)

الشك فيه في ضبط القلتين واسقاطه ، وينبنى على ذلك أن القاتين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة على خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الأصل . والثاني أنه طاهر وهو المرجح عند الأكثرين لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة ونصر أحد في رواية محمد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لمار أو برذون فرخص فيه اذا لم يعرفه (ومنها) اذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل بقاء الرطوبة نقلها أبو بكر عن أحمد . والثاني لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) اذا ادرك الإمام في الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة لأن الأصل عدم الإدراك وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال صاحب التاخير يحتمل وجهين أحدهما أنه يعتد له بها لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع (ومنها) اذا شك هل ترك واجباً في الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لأن الأصل عدم الاتيان به . والثاني لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) اذا كان ماله غائباً فان كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة وان لم يكن خبره منقطعاً كما ودع ونحوه ففى وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان والمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه لا يجب وعلل بأنه لا يدري لعل المال ذهب . وينبنى بعض الأصحاب هذا على الخلاف في محل الزكاة فان قلنا في العين لم يجب الإخراج حتى يقبضها ويتمكن من الإخراج منها وان قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها . ويتوجه عندى أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على محل التعليق فان قلنا هو العين وجب لأن الأصل بقاؤها لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو الذمة لم يجب لأن الأصل براءة الذمة وقد شك في اشتغالها وأما ان قلنا لا تجب الزكاة في المال الضال والمغصوب فهذا مثله (ومنها) العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا ؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح أنه لا تجب لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب بناء على جواز عتقه لأن الأصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه في الكفارة والمشهور عدمه وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالأجزاء لأن الأصل بقاؤه

وذكر ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجهين عن الأصحاب وصحح عدم الاجزاء لأن الأصل بقاء الكفارة في الذمة وقد عضد الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره فرجح هذا الأصل باعتضاده بهذا الظاهر، وأيضاً فالكفارة ثابتة في الذمة وقد شك في وقوع العتق عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع ففيه روايتان أحدهما القول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفريق . والثانية القول قول المشتري لأن الأصل عدم القبض المبرى، وأطلقاكثر الأصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة فإن كان في الذمة فالقول قول القابض وجهاً واحداً لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله في دعوى العيب لأنه غارم والأصل ابراء ذمته أو قول خصمه في انكار العيب لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) إذا أجره عبداً وسلمه إليه ثم ادعى المستأجر أن العبد ابق من يده وأنكر المؤجر ففيه روايتان، أحدهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لأن الأصل عدم الإبقاء وأن المؤجر ملك الاجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها ولو ادعى أن العبد مرض فالقول قول المؤجر نص عليه في رواية ابن منصور مفرقا بينه وبين الإبقاء لأن المرض يمكن إقامة البينة عليه بخلاف الإبقاء (ومنها) إذا ضرب للعنين الأجل واختلفا في الإصابة والمرأة ثبت فهل القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الوطء أو قول الزوج لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة أنه يخلى معها ويؤمر باخراج مائه وهذا يرجع الى ترجيح الظاهر على الأصل (ومنها) إذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج أسلمت في عدتك فالنكاح باق فقالت بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فوجهان . أحدهما أن القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني أن القول قولها لأن الأصل عدم إسلامه في العدة (ومنها) إذا قال أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل أسلمت قبلك فلي النفقة ففيه أيضاً وجهان أحدهما القول قولها لأن الأصل وجوب النفقة والثاني والقول قوله لأن النفقة أنها تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافي، وعالم القاضى أن النفقة تجب يوماً فيوماً فالأصل عدم وجوبها وينتقض التعليلان بالاختلاف في النشوز (ومنها) إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين أحدهما لا يقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثاني يقع ونقل مهنا عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف ليأكلن ثمرة فاختلفت في تمر كثير أن لم يأكله كله حنث وبذلك جزم ابن أبي

موسى والشيرازى والسامرى ورجحه ابن عقيل فى فتونه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو
العدم [وهذا بخلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه
فان وجد ما يدل على بقاءه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهرا وكان
حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وان كان امارة محضة وقع أيضا على المشهور ، وان وجد ما يدل
على انتفاء العدم يقينا لم يقع الطلاق بغير خلاف وان وجد ما يدل على انتفائه ظاهرا فوجهان على
قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى [المطلق عليه (ومنها) لو قتل من لا يعرف ثم
ادعى رقه او كفره وانكر الولى ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولى لان
الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجرد المانع على وجهين اشهرهما
الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه
لكن المجنى هاهنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملفوفا نصفين ثم
ادعى انه كان ميتا فانكر الولى لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقدود وكذا الوجهان لو
جنى على بطن حامل فالقت ولدا لوقت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع
لتعارض اصل الحياة وبراءة الذمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت
الزيادة باضطراب المقتصر منه وانكر ذلك لان الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان والاصل
براءة ذمته وما يدعيه محتمل (ومنها) لو شهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر
أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لأنه وجب بالعقد ولم يثبت له سقط ولا لبعضه
وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لأن النصف الآخر
لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والاصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر
الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله (ومنها) اذا رمى
صيدا فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موحيا ثم سقط فى
ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والاصل تحريم
الحيوان حتى يتيقن سبب اباخته لكن الاصل الاول معتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون
غيره (ومنها) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم آمنه وأنكر ففيه روايتان
احدهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك
لأن الاصل فى الدماء الحظر الا يبين الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول
قول من يدل الحال على صدقه منهما ترجيحاً لاحد الاصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسألة اذا دخل حربى دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقدله أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المغنى ونص احمد أنه اذا ادعى أنه جاء مستأمنا فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرجها هنا مثله .

(القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة)

اذا نعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاخبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا ياتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا ياتفت الى الاصل وتارة يخرج فى المسألة خلاف ، فهذه أربعة أقسام .
القسم الأول : ما ترك العمل فيه بالاصل للحجة الشرعية وهى قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كاذبا ولغ فى هذا الاناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابو بكر بين أن يراه فى المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطاوع الفجر فى رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) إخباره بغروب الشمس فى رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين . احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعاله وقد يثبت تبعا مالا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال شوال والثانى أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليها اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد العلم بخلاف هلال الفطر فانه لا أمانة عليه وفى صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان صائما أمر رجلا فأوفى على شيء فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر فى رمضان ويبحث مرتبعا يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

من يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه من مال أو غيره (ومنه ايضاً) قبول قوله المعتدة في انقضاء عدتها بالاقرار ولو في شهر في أحد الزوجين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالبينة في الشهر ، وفرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا ببينة بخلاف من لاعادة لها وفي الفنون لابن عقيل لا يقبل مع فساد النساء الا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً

القسم الثاني ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ، (منها) اذا ادعت الزوجة بعد طول متامها مع الزوج انه لم توصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب القول قولها مع يمينها لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقي الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبغي أن يخرج على وجهين كما اذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلقة لها بعد مدة وقالت لم يعلمني الزوج وادعى هو أنه عليها فان في المسئلة وجهين (ومنها) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فانه يبنى على الأصل الى أن يتيقن زواله ولا يكتفى في ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبنى على الأصل وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما (ومنها) اذا شك في طلوع الفجر في رمضان فابه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احمد ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً الى اخبار ثقة بالطلوع (ومنها) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته قال اصحابنا لا يرحم لان الأصل عدم الوطء ولحوق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الأصل وله صور (منها) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الأصل عدم الاتيان به وعدم راءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الأصل ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احمد وفي الوضوء وجه أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها (ومنها) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وان كان الأصل عدم انعقاد الصلاة

وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال وعضد ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حينئذ إلى تعارض أصلين رجح أحدهما بظاهر عضده (ومنها) إذا اختلف الجنسان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد كما إذا ادعى البائع أنه كان صدياً أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب ونصر عليه أحمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والاذن . وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الإذن من مكلف فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح . قال الشيخ تقي الدين وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الأصل في العقود الصحة فاما أن يقال هذا عام وأما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكاً فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا في شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما في الحالة الأخرى فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الأهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى يتعلق به حق . مثل مثل إسلامه بإسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعاً لأبيه أو بعد تصرف الولي له أو تزويج ولي أبعد منه لموأنته فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا أثبت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين فيما إذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتي وشبهه أيضاً بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً كاللقيط المقر بعد البلوغ فإنه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط ثم ادعى الرق ففى قوله خلاف معروف (ومنها) إذا غاب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب وحكى عن ابن حامد أن يعتبر اتية (ومنها) الفطار في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب ، ومن الأصحاب من قال لا يجوز الفطار إلا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التلخيص والاول أصح لأن الوقت عليه إمارات تعرف بها فاكفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا إمارة عليه من إتمام الصلاة والطهارة والحديث ونحوها وأيضاً فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعلية مطاوعة الوجود فإذا شك في فعل شيء منها فالأصل عدمه فلا يخرج من عهده إلا بيقين والهوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فمضى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها لم يحكم بطلانها وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوي لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يعارضه فإذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم بطلانه بوقوع محظوراته حيث لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الاظهر ولهذا جاز الاكل أو استحب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الامساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فهماسواء . والثاني أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق بمجموع وقتها بل تفعل في جزء منه فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهي من باب الكف والتترك لا من باب الاعمال فيكفي اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام الا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حينئذ الاقدام على الافطار ولا تبرأ الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها وان لم تكن لها عادة فالى تمييزها وان لم يكن لها عادة وتميز رجعت الى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لهن وان كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ (ومنها) امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار اربع سنين ويقسم ماله حينئذ لان الظاهر موته وان كان الأصل بقاؤه لكن هل يثبت له أحكام المعلوم من حين فقده أولا يثبت الامن حين اباحه ازواجه وقسمه ماله على وجهين ينبنى عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص احمد على انه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللا بأنه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى الا بعد المدة وهو الاظهر ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعتد للوفاة ثم تباح للازواج فهل يجب لها النفقة من ماله في مدة العد كما في مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاقناع وقال ابو البركات في الشرح هو قياس المذهب عندي لانه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثاني يجب لها النفقة قاله القاضي لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم توجد هنا وكذا ذكر صاحب المغنى وزاد أن نفقة لا تسقط بعد العدة أيضا لانها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن النوم المشغل ينقض الوضوء لانه مظنة خروج الحدث وان كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة . وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجها آخر أن النوم

نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدّم ونحوه (ومنها) إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك (ومثله) إذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخيار ومثلها لا يجمل ذلك فإنه لا يقبل قولها (ومنها) إذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها له حقة العقد، ثم أنكرت الاذن فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن مكينها يكذبها. وإن كان قبله فإن كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياءً لارضائها لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الأثرم، لأن السكوت في حكم الشارع اقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه. وإن ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فأنكرته فقال القاضي القول قولها لأن الأصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكحانز ولي المهران وقال الزوج بل نكح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بشئ وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بشئ. فقال المشتري هو عقد واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاح. وقال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون القول قوله لأن الأصل عدم الفرقة بينهما والأصل براءته من المهر الثاني.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) إذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان إليه فنفى كراهته وجهان. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فيه رطاباً فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولو غره أم بطهارته لأنها الأصل على وجهين ذكرهما الأزجي (ومنها) إذا وقع في ماء يسير مالا نفس له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش فإن كان إلى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وإن كان إلى الحش أقرب فوجهان. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر مالم يعاين خروجه من الحش فنقل ذلك صاحب الميهن عن شيخه ابن تيميم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. أحدهما أنه طاهر ونص أحمد عليه في مواضع وجعله أبو البركات في شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الايمان كلها. والثانية أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجعله صاحب التاخير المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا (٤٤- قواعد)

يعفى عن يسيره وابدى احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاحتراز وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسته من الأرض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن تميم أنه قال إذا كان الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففي نجاسة الأرض روايتان فإذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تنبئ عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الأصل والظاهر . والثاني طهارة الأرض وغسلاتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التي على الأرض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثاني بالاستحالة وفي المذهب خلاف يبنى عليه طهارة الطين إذا بقيت (١) فيه عين النجاسة ثم استهلك في حثي ذهب أثرها . والثالث طهارة الأرض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه أحمد وذهب كثير من الأصحاب إلى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر في شرح الهداية . ويبنى على ذلك طهارة الأرض مع مشاهدة النجاسات فيها وإن لم يصبها الماء والله أعلم (ومنها) المقبرة المشكوك في نبشها إذا تقادم عهدها هل يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) ثياب الكفار وأوانيتهم وفيها ثلاث روايات عن أحمد . أحدها الإباحة ترجيحاً للأصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية خشية إصابة النجاسة لها اذهو الظاهر . والثالثة إن قوى الظاهر جداً لم يجوز استعمالها بدون غسل ويتفرع على هذه الرواية روايتان . أحدهما أنه يمنع من استعمال ماولى عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الأواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بأذيتهم ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخزفي في شرحه وابن أبي موسى لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير وزاد الخزفي ولا أواني طينهم دون أوعية الماء ونحوها مما يبعد أصابته بالنجاسة وزاد ابن أبي موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحمل ذبيحته كالمجوس مطلقاً وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولحق بأبدانهم حتى تغسل (ومنها) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة أوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تغسل وهو اختيار ابن أبي موسى (ومنها) إذا شك المصلي في عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن أحمد رحمه الله ورضي عنه . أحدها أنه يبنى على الأقل وهو المتيقن لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبنى على غالب ظنه للحديث الوارد في ذلك . والثالثة إن قوى الظن باقرار غيره له عليه بنى على غالب ظنه وهو الامام إذا اقره المأمومون وإن كان منفرداً

بنى على اليقين وهى المشهورة فى المذهب . فلما ان سيج له اثنان من المأمومين فانه يرجع اليهما مالم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا بنى على غالب ظنه لأن تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والاول أصح لأن الرجوع الى قولهما رجوع الى بيعة شرعية فيترك الأصل لأجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يحوز له ترك العمل باليقين صرح به الفاضل فى كتاب أحكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المأمومين على الامام انه أحدث فى صلاته وأنكر هو وبقيّة المأمومين أعادوا الصلاة كلهم نص عليه فى رواية مهنا واحتج بخبرذى اليدى (ومنها) اذا شك فى عدد الطواف وفيه روايتان إحداهما يرجع الى الأصل وهو المتيقن . والثاني يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلى من ليس معه فى الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفى المغنى يرجع الطائف الى خبر الثقة الواحد العدل لأنه خبر دينى فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد فى الصلاة لخبرذى اليدى فبقى ما عداها على الأصل (ومنها) لو وجد فى دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الأصحاب من قال يصلى عليه والمنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الأصل والظاهر إذ الأصل فى دار الاسلام الاسلام والظاهر فى هذا الكفر، ولو كان الميت فى دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الأصل هاهنا كما رجحه فى الصورة الأولى ولم يرجح الأصحاب هنا الأصل كما رجحوا ثم لأن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الأصل فى كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر ولا بينة ففیه روايتان. إحداهما القول قول الزوج لأنه مكر وغارم والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لأن الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلمنا معاً فنحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على التعاقب فلانكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لأن الأصل معه . والثاني القول قول الزوجة لأن الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً فى آن واحد نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد ، انما ينعقد عن الاصابة أولاً لأن الأصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فانعقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضي في المجرد وفيه نظر فان سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والاظهر في تعليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر (ومنها) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت معيبة وادعى الولي أنه لم يعلم عيبها فيه وجهان . أحدهما القول قول الولي مع يئته لأن الأصل معه الا أن يكون العيب جنونا ويكون الولي ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثاني ان كان الولي قريبا كالاب والجد والابن لم يقبل قوله مطلقا لأن الظاهر يكذب به وان كان بعيدا قبل قوله مع يئته وهو قول القاضي ووافقه ابن عقيل الا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج بخلاف غيرها (ومنها) اذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز تناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل في الأعيان الإباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد في رواية حرب اذا كان أكثر ماله [النهب أ] والربا ونحو ذلك فكأنه ينبغي له أن يتزده عنه الا أن يكون شيئا يسيرا أو شيئا لا يعرف ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان في جواز التحري روايتين وظاهر كلام أحمد في رواية المروذي جوازه واختاره أبو بكر وابن شافلا وأبو علي النجاد وصححه ابن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الظاهر اصابة الطاهر لكثرتة (ومنها) اذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقدوف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين (ومنها) اذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيذا ولا إيقاعا بل اطلاق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال اذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة اذا كرر ثلاثا فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الاطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد ما نقله صالح عن أبيه أنه قال اذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد ان كان أراد إيهامها فهو الذي أراد وان أراد غير ذلك فهو على ما أراد فلم يوقع الثانية بدون النية . وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما اذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طلاقا أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضي عنه في كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه اذا قال أنت طالق وكرره وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحمد في رواية ابن منصور فيما إذا قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق قال هي تطليقتان هذا كلام مستقيم وإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة، والفرق بينهما أن بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك لأن اسم العاقل من المفردات وإن كان متحملاً لضمير بدليل أنه يعرب والجل لا تعرب ولأنه لا يقع صلة ولو كان جملة لوقع صلة وحينئذ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعني أنه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو وثم ونحوهما - وأما قول النحويين إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي فهذا فيما يؤول إلى النفي بعد اثباته والطلاق ليس كذلك فتمين إثبات الأول وعطف الثاني عليه. وأما إذا قال أنت طالق لا بل أنت طالق فقد عرح بنفي الأول ثم أثبت به نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلقة ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي فاستدرك وأثبت لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة الأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمي أو أنت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الآلف واللام قد يراد بها العهد أي الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به مادونها فهل يقع به مانواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث فيه طريقان للاصحاب ولو قال الطلاق يلزمي وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص عمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الاصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لأفاده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً وإنما يدل على مفعولاته بواسطة فلفظ الاكل والشرب مثلاً يعم الأنواع منه والاعداد أبلغ من عمومه المسأكل والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لأفاده عموم أنواع مفعولاته (١) إذ كذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه. وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات وقد يقال إن قوله الطلاق يلزمه وإن كان صيغة عموم لكن إذا لم ينبو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من

في الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حيثئذ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجتي طالق أو عدي حر وله زوجتان وعبيد فالنصوص أنه يقع الطلاق والعق بالجميع إلا أن ينوى عدداً معيناً لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغنى احتمالاً ورجحه أنه لا يقع الطلاق والعق مع إطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر (ومنها) إذا قال له عندي درهم ودرهم ودرهم فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافى ونزلها صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الإطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغنى في الطلاق احتمالاً أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيّد مع حرف العطف لمخالفة الظاهر لأن ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

(القاعدة الستون بعد المائة)

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوى أهل الاستحقاق. ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الإطلاع عليه وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر أنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب. ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز اليقين المنسية.

ونحن نذكرها هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به فقيه وجهان أحدهما يترعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه. والثاني يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً أصغر وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفي الآخر فقيه ثلاثة أوجه أحدها المحدث أولى لأن فضله يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضلة الجنب فانما لا ترفع حدث المحدث ولا شيثامته. والثاني الجنب أولى لفاظ حدثه. والثالث هماسواً فيقرع بينهما أو يعطيه بأذل الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه وبعد

وضع الايدى للجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاء قال ويتصور ذلك عندى فى الوصية بالماء
لاولاهم به انتهى . ويتصور ايضا فى النذر لاولاهم به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة
اولاهم ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدحموا وتشاحوا فى التناول اولاً (ومنها) اذا تشاحوا
فى الاذان مع تساويهم المرجح بها فيه فانه يقرع بينهم نهر عليه احمد فى رواية ابى داود وابى
طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سعدا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونص فى رواية ابى
داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفى رواية محمد بن ابى موسى على ان المتعاهد للمسجد
بالعمارة احق (ومنها) اذا اجتمع عراة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحجب له اعارته لرفقائه فان
ضاق الوقت وفيهم من يصلح للإمامة استحجب اعارته فيصلى فيه اماما والعراة خلفه فان استوا
ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المغنى (ومنها)
اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الامامة من كل وجه وتشاحا اقرع بينهما كما فى الاذان
(وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولو لى
امامة المسجد رجلان صح وكنا فى الامامة سواء وايهما سبق اليها كان احق بها فان حضرا معاً
احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما
ذكر ذلك القاضى فى الأحكام السلطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة سهلة فى آن واحد
ولم يكن لأحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب.
وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما
فعل معاذ بن جبل بامرأته (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحدهما كفنين أجود
من الآخر ولم يعين الباذل مال كل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى
الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبات صفية يعنى أمه فاخرجت
ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لآخى حمزة فكفونه فيهما قال فجئت بالثوبين ليكفن
فيهما حمزة فاذا الى جنبه رجل من الانصار قتل قد فعل به ما فعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء
أن يكفن حمزة فى ثوبين والانصارى لا كفن له فقال لحمزة ثوب وللانصارى ثوب فقدرناهما فكان
أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الأثرم للامام
أحمد لما عدد أحاديث القرعة فعرفه أحمد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه
عبد بعبء غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم. قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المراضاة ولو سلبناه فلان الجهالة هنا بغير فعله فعفى عنها قال وأجود ما يقل فيها أنهما يبيعان العبدین ويفتسمان الثمن على قيمة العبدین كما قلنا إذا اختلط زيت بزيء الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويفتسمان الثمن دلى قدر القيمة انتهى (ومنها) إذا ادعى الودیعة اثنان فقال المودع لا أعلم لمن هى منك. فانه يقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها نص عليه أحد وهى من فروع مسألة تداعى دين يد ثالث يعترف بأنها لأحدهما وسند كرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالامكان المباحة كالطرق لواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمنذهب أنه یتدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان أو استبق فقهيان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانسكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذى ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف مدين انه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزله فليس إلا ترجيعه بنوع من الترجيحات. وقد يقال انه يرجع بالقرعة مع التساوى (ومنها) إذا سبق لثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما فقيه وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختاره صاحب المغنى. والثانى قاله القاضى وان كان أحدهما للتجارة هأيا الامام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وان كان للحاجة فاحتمالات. أحدها يقرع بينهما. والثانى يذهب من يأخذ لها ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه أحوج وأولى. وأما ان وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وان كان فى كلام بعض الاصحاب ما يوم خلاف ذلك فليس بشئ. (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقى منه وكانا متقابلين ولم يمكن قسمة الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة فان كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه الآخر فانه يساويه فى استحقاق الماء وانما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لا فى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فانه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه ذكره فى المغنى (ومنها) إذا وصف للقطعة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهى له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلا وتساويا فى الصفات أقرع بينهما ولم يقر بايديهما جميعاً تكافى الحضنة وان ادعى نفسان التقاط طفل فان كان فى أيديهما أقرع بينهما فاقر

يبد من خرجت له القرعة فان استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما، فقال القاضي والا كثرون لاحق لأحدهما فيه ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق وقال صاحب المغنى الأولى أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما فاشبهه مالو تنازعا وديعة وفيه نظر . فان الوديعة لمعين ولا مدعى لها سواءما بخلاف اللقيط فان الحق لمن سبق اليه ولم يثبت سبق لواحد منهما فصارا كغيرهما، ولو ادعى اثباتاً لقطعة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت إليها أقرع بينهما ذكره القاضي في خلافه . وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تؤول الى الملك فهي كتداعى اثنين ملكية عين بين أيديهما لا يد عليها لأحد كما سيأتى ان شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فل تطل الوصية أو تصح ويميز أحدهما بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً ، وكذا سبق ذكر من وهب أحداً وأولاده وتعذر الوقوف على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده قال الخرقى يعطى واحداً منهم بالقرعة كما لو أعتق واحداً مبهماً والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن له أخسهم يعنى أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه المتيقن ، وانما أقرعنا في العتق لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا في استحقاقه فيميز بالقرعة وهنا الحق للوصى له وانما يستحق ما يصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات التوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي . فقال القاضي لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جهلوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلامه ماله دون ما ورثه منه ، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر ولا بينة لهما أو تعارضت البيتان ففيه أوجه . أحدها يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبي موسى وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف . والثاني يتوارثان كما لو جهل الورثة الحال وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي في المجرد وابن عقيل هو قياس المذهب . والثالث يحذف ورثة كل واحد لاسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه أحمد واختاره الخرقى لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق مشاركة وهم يذكر ذلك فيكون القول قولهم مع أيمانهم بخلاف مسائل الخرقى فان الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق وليس فيهم مدع لاستحقاق انفراده بمال ميتة . والوجه الرابع وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف انه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما (ومنها) إذا مات عن زوجات وقد طلق إحداها طلاقاً يقطع الارث أو كان نكاح بعضهم فاسداً لا توارث فيه ، وجعل دين الماطقة وذات النكاح الفاسد فانها تعين بالقرعة والميراث للبواقي نص عليه أحمد (ومنها) الأولياء المستوون في النكاح إذا تشاحوا أقرع بينهم (٤٥ - قواعد)

فان سبق من اخطائه القرعة فزوج فهل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجهل
 أسبق العقدین ففيه روايتان . احدهما يمين الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة فهي زوجته
 ولا يحتاج الى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر الى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن
 منصور وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه القاضي في المبرر [وابن عقيل وغيرهما وذكر القاضي
 في الجامع] والخلاف والروايتين وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في
 النكاح الفاسد وفيه ضعف فان هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً ، وأيضاً
 فهو مجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة الا آخر فلماذا قال طائفة من
 الأصحاب يحدد الذي خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له بيقين . وقد حكى ذلك القاضي في كتاب
 الروايتين عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فانه اذا أمر
 أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خلت المرأة من زوجيتها معاً فلها أن تزوج من
 شاءت منهما ومن غيرهما ولا فائدة حينئذ للقرعة . وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما
 سيأتي . وقال الشيخ تقي الدين لو كان الأمر كما ذكره لم يبق من الروايتين فرق ولا للقرعة فائدة
 وانما يجب على رواية القرعة أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنها ، ولومات
 ورثته لكن لا يطأها حتى يحدد العقد فيكون تجديد العقد يحل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب
 أو يقال انه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق
 واجباً على الآخر قال وليس في كلام أحمد تعرض لطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فان القرعة
 جعلها للشارع حجة وبينه تفيد الحل ظاهراً كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يؤقف معه على
 حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكلف به العباد بل هو في نظر الشرع كالمعدوم مادام مجهولاً ،
 ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب ان من طلق واحدة من زوجاته ثم أنسيها
 فانها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقي فكذلك هاهنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة
 ويفيد حل الوطء ولا يقال هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع
 الطلاق عليها وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون يقين
 العقد الصحيح لأننا نقول الاستصحاب بطل ييقين وقوع الطلاق المحرم . ولهذا أبطل أصحابنا
 الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء الطاهر بالنجس ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري لأن
 الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس . وحينئذ تتفق صورتان لأن في أحدهما اشتبهت الزوجة
 بالمطلقة ثلاثاً وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد إحدى أماته ابنه ثم مات ولم يعينه بين القرعة وان كان حراً الاصل . واعلم ان القاضي حكى عن أبي بكر بن سليمان النجاد انه يقرع بين الزوجين فن قرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جدد الآخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضي في بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها منى . وعدم كل واحد منهم البينة في الحال وقالت البنت أعلم ان واحداً من هؤلاء الثلاثة تزوجنى يقيناً ولكن لا أعرفه عينا فقال أبو علي النجاد ترفع أمرها الى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طائفة واحدة ثم يقترع بين الثلاثة على الألف فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أيهم شئت أن احببت فان كانت هذه الحكاية مستند القاضي في الحكاية عن النجاد فقد وهم في تسميته فان الحكاية عن أبي علي ونسبها هو الى أبي بكر بن سليمان وليست المسئلة في نكاحين مشتبهيين بل في دعوى القرعة فيها انما هى للبال لا لمحل البضع فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالحكمة فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ثم تزوج من شاءت منهما أو من غيرهما اذا شاءت نقلها أبو الحرث ومهنا ، وهى اختيار أبي بكر في خلافه والخرقى وحكى ابن أبي في موسى المسئلة روايتين . احدهما يبطل النكاحان . والثانية يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهم له قال والاول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له ما نقله ابن منصور عن احمد في ولي بن زوجا امرأة لا تدري أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما هاهنا نكاحاً ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً وقيداً بما اذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضي في خلافه المذهب كذلك . وإما أن علم وقوعهما معا فهما جميعاً باطلان غير منعدين . وذكر القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين أن حكمه حكم مالو وقعا مترتبين وجهل اسبقهما فيه الروايتان . قال أبو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع ، فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهيين فقد سبق ذكره وان في وجوب نصف المهر على من تخرج القرعة عليه منهما وجهين ، فان ماتت المرأة قبل الفسخ ففي المغنى احتمالان . احدهما يوقف نصف ميراثها أو ربه حتى يصطلحان عليه . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقي الدين وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب ، أما الاول فلا نال نفق الخصومات قط . وأما الثاني فكيف يخلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلايين ، وأما على قولنا لا يقرع فإذا قلنا إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى ، وإما أن قلنا لا مهر فها قد يقال بالقرعة أيضاً انتهى . وإن مات الزوجان جميعاً فلها ربع ميراث أحدهما فإن اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث له آمنه بغير اشكال وإن ادعت أن أحدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع إيمانهم . فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تقر المرأة بسبق أحدهما ففي المغنى احتمالان أحدهما أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثاني يعمين فيما إذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص أحمد في رواية حنبل وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما فأيتين أصابها القرعة فهي التي ترثه ، وقد ذكر ذلك صاحب المغنى أيضاً فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم يقر الواحد منهما بذلك ثم ماتا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيكن المختارات وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهمات فيميزون بالقرعة ويحكم باختيارهن وينسخ نكاح البواقي بغير طلاق فيباح له نكاحهن بدون زوج وأصابة بعد انقضاء عدة البواقي . وقال القاضي في خلافه في كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثاً لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده فيأحقهن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئاً منهن إلا بعد زوج وأصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هاهنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار ، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهن فيورث أربع منهن بالقرعة ، وأما عدة فقيها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عدة الوفاة وإسلامه لم يوجب البيئونة في الزائد على الأربع بل البيئونة تقف على اختياره فإذا اختار في حياته أربعاً فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام . والثاني وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى أن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء وعلوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطئات بشبهة فيجب على الجميع أطول العدتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة يميناً ، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيئونة ثبتت بالإسلام وتبين بالاختيار فإذا اختار أربعاً

فعدة البواقي من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فهن زوجات له حتى يختار فلا يتوجه أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحهن في حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويحجب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أو جب عدة الوفاة على المنصوص فهذا أولى. ويلتحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسها ثم مات قبل القرعة فانا نقرع بينهما ونخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقي كما نص عليه أحمد، وأما العدة فذكر القاضى في خلافه انه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخل بهن يسقط الفرض يقيين وان دخل بهن لزمهن أطول الأمرين من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة وأن تكون زوجة فلا تبرأ الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصوص عن أحمد فانه نص في رواية ابن طالب أنه يقرع بينهما فأيتهم أصابها القرعة لم تورث ولم تعدد ومراده أنها لا تعدد عدة الوفاة وهذا يدل على أن العدة تابعة للبراث وهو ظاهر كلام القاضى في المجرى فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها لأن القرعة بينة شرعية وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يبتنى عليها حكم العدة لأنها من توابع الطلاق ولوازمه، فعلى هذا المنصوص يتخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيمكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم البواقي عدة الوطء من حين الاسلام اذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضى على الجميع أطول الأجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب في المسئلة روايتين. احدهما أنه يتعين بالقرعة والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين احدهما أنه يعطيها ما يختاره هو. والثانى يعطى ما تختاره هى واختار أنهم إن تساوا فلها واحد بالقرعة والا فلها الوسط، والمنصوص عن أحمد في ذلك ما نقله مهنا في رجل تزوج امرأة على عبد من عبيده فقال اعطيها من أحسنهم؟ قال ليس له ذلك ولكن يعطيها من أو سطهم فقلت له ترى أن يقرع بينهم. قال: نعم! فقلت: تستقيم القرعة في هذا؟ قال نعم! يقرع بين العبيد. وتناول ابو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه. قال القاضى ولا يصح هذا التأويل لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معيناً لم يعتبر الأوسط ونقل عنه جعفر بن محمد يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلاً (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احدهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر باحدى زوجاته او البداء بها لم يجز بدون قرعة الا أن يرضى البواقي بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمه بأن قال لامرأته احدا كما طالق ولم ينو معينا فانه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب ونص عليه احمد في رواية جماعة ، وفيه رواية ثانية أن له تعيينها باختياره ، وتوقف احمد مرة فيها في رواية أبي الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم أنسها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غرابا فقلانة طالق وان لم يكن غرابا فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالشهور أيضا أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي كما أنه لو اعتق أمة من امائه وأنسها عينها بالقرعة وحل له البواقي لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة والشارع لم يكن العباد بما نفس الامر بل بما ظهر وبدا وان كان مخالفا لما في نفس الامر والمجهول كالمعوم ما دام مجهولا فاذا علم ظهر حكمه كالاكتفاء مع النص والتيمم مع الماء ، وقد نص احمد صريحا على هذا في رواية جماعة وعن احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشالنجي سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم ايتهن طلق قال اكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قال أقول بالقرعة أي لأجل الميراث بعد الموت. وهذه اختيار صاحب المغني والمذهب الأول وعليه فلو ذكر ان المطلقة غير من اصابتها القرعة وانه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة توقف فيه احمد مرة وقال في رواية الميموني ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لأن حق الزوج الثاني تعلق بها فلا يقبل قوله في اسقاط حقه وفسخ نكاحه ، وان لم تزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع اليه أيضا نص عليه في رواية الميموني أيضا . قال ابن أبي موسى وهو يرجع الى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع الى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتملق حكم الزوج وأولى ، وان لم تكن القرعة من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضا لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن يتضمن ابطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا ، وعن أبي بكر وابن حاتم لا يرجع اليه لأنه متهم في نفى الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومنها) لو رأى رجلان طائراً فقال احدهما إن كان غرابا فامرأتي طالق ثلاثا وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأتي طالق ثلاثا ففيه وجهان . أحدهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فانه ييقن زوال النكاح في احدي زوجتيه فلذلك عينت بالقرعة وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين . والثاني أنه يقرع بينهما فن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في الايضاح وابن عقيل والحلواني وفي الجامع للقاضي أنه قياس المذهب وعلى الأول فن اعتقد خطأ الآخر

دونه حل له الوطء وإن شك وتردد كف عنه وجوبا عند القاضي. وورعاً عند ابن عقيل والمنصوص
عن أحمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله أنه قال يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون
حكم لوقوع الطلاق على أحدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشالنجي عنه ويحتمل وهو
الأظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي. قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص أحمد
فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري أهو
بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فإن لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً وإن علم أنه بار في وقت اعتزلها
وقت الشك وحاصله أنه متى علم الطلاق بشرط وأمكن وجوده فإنه يعتزل امرأته حتى يعلم
انتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) إذا قال ان كنت حاملاً فانت طالق يعتزلها
حتى يتبين الحمل (ومنها) إذا وكل وكيلاً في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري ما يفعل (ومنها) إذا قال
أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الآخر لا مكان أن يكون أول ليلة (ومنها) إذا قال
أنت طالق قبل موقت بشهر فإنه يعتزلها مطلقاً نقله عنه مهنا (ومنها) مسألة إن كان الطائر غراباً وهي
هذه المسألة (ومن مسائل القرعة) إذا قال لامرأته ان ولدت ذكراً فأنت طالق ولدت أنثى
فأنت طالق طلقتين فولدت ذكراً وأنثى متعاقبتين وأشكل السابق منهما فوجهان. أحدهما أنه يقع
بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟
وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغنى. وإثباتي يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي
وابن عقيل لأنه تيقن وقوع أحد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق أحدى
الزوجتين وشك في عينها، وما أخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الأعيان
المشبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين أحدى الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك ومن منعها
نظر إلى القصد بها هنا هو الإلزام وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا أظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في
الطلاق) إذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطأها الليلة فصواحبها طوائق ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن
فالمشهور عند الأصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً لأن شرط الطلاق وهو خلو الوطء في الليلة قد تحقق
في آخر جزء منها فإذا بقي جزء منها لا يتسع للإيلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق
الجميع ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث صواحيبات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث
عليها. وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الأصحاب. أحدهما هذا. والآخر وهو الذي ذكره
أولاً وجزم به أن أحدها تطلق ثلاثاً والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين، وعلمه بأنه لما امتنع عن الأولى
طلقت الثلاث واحدة واحدة فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين

ثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فعلى هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج واصابة وملك رجعة البواقي وشرح كلامه ان يقدر الامتناع من وطئن مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فاذا بقى من الليلة زمن لا يتسع للإيلاج في أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فتطلق الثلاثة البواقي طلقة طلقة فاذا بقى زمن لا يتسع للإيلاج في الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة وعلى الثالثة والرابعة طلقتان فاذا بقى زمن لا يتسع للإيلاج في اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتحرر حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطا لطلاق صواباتها لأن تقدير الكلام يتسكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت أنه لا يحث لأن حثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت فيستدعى وجود المحلوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب أنه يحث في حال التعذر كما لو حلف ليشر بن ماء هذا الكوز اليوم فتلف قبل مضي اليوم فإنه يحث في الحال ، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحث وقل صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى ممن من كان وقت اليمين حظاه من القسم والثانية التي تأيها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في آن واحد فبها وجهان. أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدعوهى منكرة. والثاني يقرع بينهما فمن قرع فالقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فإنها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وإن آلى من واحدة غير معينة ففي المحرر وجهان. أحدهما يعين بالقرعة. والثاني بتعيينه وهما مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق وفي المعنى له وطء الجميع سوى واحدة منهم فاذا لم يبق سوى واحدة تعين الإيلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحث في هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة أما لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور أنه لا يباح بالقرعة وقد قال أحمد في رواية على ابن سعد في حديث على في ثلاثة وقعوا على امرأة فأقرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال في رواية يعنى ابن منصور في حديث عمر في القافة أعجب إلى يعنى من هذا الحديث وعلى هذا فكل يضع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به على وجهين والأول قول أبي بكر والثاني قول ابن حامد واختار صاحب المحرر أنه يلحق بالمدعين معاً كالمدينين للمعين

ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدمها فإن العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يالحق النسب بهما إذ لا يمكن الحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن رجلين اختصما إليه أيهما وقع على امرأة في طهرها ايش تقول فيه؟ قال أحمد ان ولدت خيرت الابن أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً ، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار . قال القاضي هذا موافق لقول ابن حاتم انه ينسب الى من شاء منهم لوقول الحارثي إنما دل على انه ينسب اليهما كما اختاره صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه الى بلوغه وتخييره انما هو للحضانة ، والاظهر عندى أن مراد أحمد أنه إذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير في المقام عند من يختار منهما . فانه سئل عن حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الجسكان . وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيلحق نسبه بالقرعة ذكرهما في المغنى في كتاب الفرائض وهى مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع فذكر منها وأقرع في الولد من حديث الاجلح عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه ، وأذهب الى القرعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أقرع . قلت ان بعض الناس لا يجيزون القرعة إلا في الأموال قال أليس قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم بين نسائه والقرعة في القرآن في موضعين ، وظاهر هذا انه أخذ بالقرعة في النسب وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من توزيع العزم في جزء مفرد . وقد قال أبو بكر عبد العزيز : لو صح لقائنا به وأما حكم تحريم النكاح فان ألحقت القافة الولد بأحد الواطئين وكان بنتاً حلت لأولاد الآخر ولم تحل لأحد من الواطئين لسكونها ربيبة له وان لم توجد قافة فان قلنا يضيع النسب حرمت على الواطئين وأولادهم كما إذا اشتبهت ذات محرم بأجنبي وان قلنا يترك حتى يبلغ فينسب الى أحدهما بميل الطبع ففي حلها لولد الآخر بائن هذه المرأة احتمالاً لا ذكرهما صاحب الترغيب في الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكثر الأصحاب ان ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر وان ألحقته بهما انقضت به عدتها منهما . وفي الاتصاف لا يمتنع على أصاننا أن نقول تنقضى به عدة أحدهما لا بعينه وتعتد للآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجعل السابق . وأما إن ضاع نسبه فان لم توجد قافة واشكل عليهم ففي الاقتناع لابن الزاغوني يضاف الى أحدهما بالقرعة وتنقضى به عدتها منه . قال ويحتمل أن تستأنف الددة لهما لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما حيث لم ينسب الى واحد منهما ، وفي المجرد والفصول والمغنى يلزمها أن تمتد بعد وضعه بثلاثة قروء . لأنه ان كان من الأول فقد أنتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تكبل عدة الأول ليسقط

الفرض ييقين . وأما حكم الميراث إذا تعذر الخاق النسب بواحد منهما ومات الولد ففي المجرد في العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا إذا طلق أحدى نساؤه ومات ثم قال فإن كان للطفل أم ولأحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولأحدهما ولد فيجوز أن يكون للبيت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثلث ولا تحجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين وفي هذا عندى نظر من وجهين . أحدهما أن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثاني أن القاضى ذكر في المجرد في كتاب الفرائض انه يوقف المشكوك فيه حتى يصطالح عليه ثم العجب انه جعل للأم هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس ؟ وكان ينبغى أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فصلا للأحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه وإنما التعويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً ، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الأم من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الغنشى من ميراث ذكر أو أنثى ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه - هذا الكلام في الخاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقرب ولده بهم من أمة له ثم مات ولم يتبين وتعدت القافة أقرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر ، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجح (ومنها) اذا بلغ سبع سنين فانه يخير بين أبيه وأمه في الحضانة على ظاهر المذهب فان لم يختار واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور ، وفيه وجه يعطى لأمه . وأما قبل السبع فاذا استوى في استحقاق حضائته رجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فانه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً (ومنها) اذا استحق القود جماعة وتشاحوا في مباشرة الاستيفاء ففيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثاني بتعيين الامام قاله ابن أبى موسى هذا اذا كان المقتول واحداً فان كانوا جماعة وطلب ولى كل واحد منهم أن يقتص على الكمال ففيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيده ويحب للباقيين الدية . والثاني يبدأ بالسابق في القتل فيقاد به وتعين الدية للباقيين ، فان قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المنى سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب في الاتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم ، وحكى أن المنصوص هن أحد أنهم اذا طلبوا القتل فليس لهم غيره ويكونون قد أخذوا بهضحة وقهم وسقط بعضهم ، وبعد بأن القصاص لا يتبعض في الاستيفاء والاسقاط (ومنها) اذا أعطينا الأمان لمشارك في حصن ليفتحه

لنا ففعل، ثم اشتباه علينا وادعى كل منهم انه المستأمن ففيه وجهان. أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هانيء أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً. والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقي وحكي ذلك عن أبي بكر والخرق لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه، ولو كان حراً الأصل كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فأنانقرع بينهما للحرية وإن كان حراً الأصل. ومن نصر الأول قال إرقاق الباقي هنا يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته بخلاف من أعتق أحد عبده واشتباه عليه فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله فلا استدامة تبقيه على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتباهت علينا لتوجه جواز إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن إرقاء بنفس السبب فقد اشتباه هاهنا الرقيق بحر الأصل كمسئلة الإقرار بالشار إليها، وكذلك لو أسلم واحد من حرمين قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم انه المسلم فإنه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقي لأنهم إنما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتباه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه فيميز بالقرعة وجعل أصحابنا حكم هذه المسئلة حكم مسألة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها (ومنها) إذا جعلنا مالاً لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما انه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنبيه فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سواء بدعواهما له. والآخر يقرع بينهما فمن أصابته القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف يمين ولم يدر أي الإيمان هي فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء. قال في رواية ابن منصور في رجل حلف يمين لا يدرى ما هي طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الإيمان كلها لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحمد في رواية أخرى قال صالح سألت أبي عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ما حلف بالله أم بالطلاق أو بالمشى (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف إذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران. أحدهما أنه يقرع بين الإيمان كلها من الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه، وهو بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعتاق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فتونه. وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استفتي في هذه المسئلة فتوقف فيها ثم نظر فإذا قياس المذهب أنه يقرع بين الإيمان كلها الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فأى يدين وقعت عليها القرعة فهي المحاوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل على عين والتصحيح على النابلسية. (٢) في الأصل: وبالمشيئة والصحيح عنها

ما يقتضى أنه لا يلزمه حكم هذه اليمين وذكر رواية ابن منصور . والثانى أنه يلزمه كفارة كل يمين
لأنه يتيقن وجوب أحدهما وشك فى عينه وذكره ابن عقيل فى فتواه أيضاً ، وهو متجه فيما
إذا علم أنها حدى الأيمان المكفرة ، وأما ان شك هل هى مما يدخله التكفير أو لا فلا
يزول شكه بالتكفير المذكور . وفى مسائل ابراهيم الحربى سمعت رجلاً سأل احمد بن حنبل
عن يمين حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدرى كيف حلفت ؟ فقال احمد حدثنا
يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك خلفت وليس أدرى كيف حلفت ؟ فقال له شريك ليتنى إذا
دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افتيك انتهى . وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر
بما ذا حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حلف
بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك فى شرط الطلاق وهو عدمى فلا يلزمه
طلاق على المذهب عند صاحب المحرر ، وفيه وجه بحث فى آخر أوقات الامكان لأن الأصل وجود
[ما علق عليه وهو الدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فهنا شرط الطلاق وجردى] (١) وهو
الفعل فلا يقع الطلاق بالشك فى وجوده وافق الشيخ تقي الدين فيمن حلف لا يفعلن شيئاً ثم
نسيه أنه لا بحث لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور فى الصورة الأولى (ومنها) إذا
تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختافوا فى البادى بالاختيار من كل حزب أقرع
بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرماة فى المبتدى بالرمى وتشاحوا أقرع بينهم فى قياس المذهب
قال الأمدى واختار القاضى أنه يقدم من أخرج السبق فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب
الترغيب انه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدى فيه بالرمى (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل
الفى فى درجة ففى المجرد يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفى الأحكام السلطانية يقدم بالسابقة فى
الاسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالشجاعة ثم ولى الأمر بخير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما
على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافأ فى صفات الترجيح قدم
أحدهما بالقرعة قال القاضى هذا قياس المذهب كالأذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنتين فى عقدتين
مترتين وجهل السابق منهما فقال القاضى يخرج على روايتين . أحدهما بطلان العقد فيهما . والثانية
استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا
اتهى . ولكن المشهور فى حكاية الرواية الأولى فى كتاب القاضى وأصحابه أنه يفسخ النكاحان
وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين فى بلد

(١) ما بين المربعين من النابلسية وكذا فيما سأتى

عملاً واحداً وقلنا بصفة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه فالقول قول المدعى فان تساوى في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين إليهما فان استويا أقرع بينهما، وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على أحدهما قال القاضى والاول أشبه بقولنا (ومنها) اذا هجم الخصوم على القاضى دفعة واحدة وتشاحوا في التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا اذا ادعى الخصمان عنده معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) (القرعة في القسمة اذا عدل القاسم السهام بالأجزاء ان تساوت وبالقيمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضى الرد فانه يقرع بين الشركاء وهو مخير ان شاء كتب اسم كل واحد منهم في رقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رقعة منها، وان شاء كتب اسم كل سهم في رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء فاذا تمت القرعة لزمت القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة لأنها بيع اذا دخلها الرد فيشترط لها التراضى (ومنها) اذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فاقربها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عينه فانه يقرع بينهما فمن قرع فهي له، وهل يخلف؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين وعليه حمل حديث أبي هريرة إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهي له بغير يمين، ولا فرق بين أن يكون ودیعة أو عارية أو رهنا أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما نص عليه في المردود في رواية ابن منصور. وإن قال من هي في يده ليست لي ولا أعلم لمن هي؟ ففيها ثلاثة أوجه. أحدها يقترعان عاينها كالأقرار بها لأحدهما بينهما. والثاني يجعل عند أمين الحاكم. والثالث تقر في يده من هي في يده والاول ظاهر كلام الامام احمد في رواية صالح وابى طالب وابى النصر وغيرهم. والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من هي في يده شيء معترف بأنه ليس له ولا يعرف مالكة فادعاه معين فهل يدفع اليه أم لا؟ وهل تقر بيد من هو في يده أم ينتزعه الحاكم فيه خلاف (ومنها) إذا تداعا اثنان عينا ليست في يد أحد [هما] ففيها وجهان. أحدهما يقسم بينهما كالتى بأيديهما. والثاني يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت بيد ثالث وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح في اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستهمان عليه فنخرج سهمه فهو له مع يمينه ولم يفرق بن أن يكون في يد غيرهما أو لا يكون في يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البينتان ففى المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض ويصيران كمن لا بينة لهما والثانية يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحدهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا حكى القاضى في بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها في كتاب المجرد

والخلاف وقال إنما معناها ان البيتين يسقطان بالتعارض وتصير العين في يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل فقال لو أقام البيعة جميعا سقطت البيتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبها ويستهمان على اليمين ، وحكى ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى أنه يوقف الأمر حتى يتبين أو يصطاحا عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل نقدم بيعة الخارج في أشهر الروايتين وفي الأخرى بيعة الداخل، إلا أن يكون المتنازع في سبب اليد بأن يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتيها منه ويقم بذلك بيعة فقيه روايتان أحدهما أنه كيسة الداخل والخارج على ما سبق وهى المذهب عند القاضى. والثانية يتعارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لانهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستندها وهو الشراء الذى عورض بمثله، وهذه الرواية اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وصاحب المحرر . واختار أبو بكر هاهنا وابن أبى موسى أنه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البيعة أنه اشتراه بمائة وأقام الآخر البيعة أنه اشتراه بمائتين والبائع يقول بعمته بمائتين والثوب في يد البائع بعد . قال ليس قول البائع بشئ ، يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له بالذى ادعى أنه اشتراه به . قلت : فإن كان الثوب في يد أحدهما ولا يدري أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما في يده إذا كان مقراً أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما في يده، والعجب أن القاضى في المجرد حكى هذا النص عن أحمد وذكر أنه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على أنه كان في أيديهما وإنما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه وإنما ألجيب بالقسمة سفيان الثوري فان اسحاق ابن منصور يذكر لاحد أولاً المسألة وجواب سفيان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالمخالفة فرمى يشبهه جواب أحمد بجواب سفيان وقد وقع ذلك للقاضى كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور، ووقع في الارشاد لابن أبى موسى في هذه المسألة كما وقع للقاضى فانه نقل عن أحمد أنه إذا كان الثوب في يد البائع فهو بينهما نصفين وان كان في يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً . وذكر الشيخ تقي الدين أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البيعتان بالعقدين أو الاقرارين أو الحكيم ان يصدق البيعتان به ان علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بيعة واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فهنا إما ان يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر في يد ذى اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن اتقل عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما إذا اشتباه سبق عقدى البيع أن يفسخهما الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فانه يقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتباه المالك بغير المالك أو المالك بغير المالك

الملك فأنا نقرع فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من حظر القرعة (ومنها) الاقراع في العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالاقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) اذا أعتق في مرضه عبده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فانه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص عليه أحمد في رواية جماعة قال القاضي ويكون العتق مراعى فان مات ولم يحز الورثة تبيناً أن الحر منهم اثنان مثلاً وأن العتق كان واقعا عليهما دون غيرهما ولكهما كانا غير معينين وانما تميزاوتعينا بالقرعة كما يميز ويتعين الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالاقراع في القسمة وغيرها ويستثنى من هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) اذا كان عتق أحد العبدین مرتباً على الآخر بان قال ان أعتقت سالمًا فغانم حر فانه يعتق سالم وحده اذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى الى عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) اذا قال في مرضه اعتقوا سالمًا ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق وقال أيضاً اعتقوا غانمًا ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ماعتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع كمالو قال اعتقوا نصف سالم والا فنصف غانم (والثالثة) اذا أعتق أمة حاملًا في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها فالوا لا يجوز الاقراع لأن الحمل تبع لأمه وجزء منها فلا يجوز افزاده بالعتق دونها والقرعة قد تفضى الى ذلك ولا ان تعتق هى دون حملها اذا استوعبت قيمتها الثلث لان الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا يعتق منه مثله فيتعين ان يعتق منها ومن حملها بالحصة وذهب على بن ابى موسى الى ان الاقراع انما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما ان كان لمعين فلا اقراع وكذا ان لم يتشاح فيه العبيد وحكى عن ابى بكر في خلافه ما يوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبده ولم يحز الورثة اعتقوا منهم بمقدار الثلث فان تشاح العبيد في العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن أبى موسى وذكر هو وأبو بكر فيما اذا شهدت بينة على مريض انه اعتق عبده هذا وشهدت أخرى انه اعتق عبده هذا انه يجب العتق لهما ويتم خاص فيه العبدان قال أبو بكر لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما حرًا والآخر عبدًا يعنى اذا كان العتق لواحد لا للجميع وهذا مناقض لما ذكره ابن أبى موسى في تدبيرهم كالم إلا أن نقول تدبيرهم يقع موقوفًا مراعى كعتقهم المنجز في مرضه فيعتق منهم من عدم الاجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز بالقرعة بخلاف ما اذا أعتق عبيدين معينين وهو ضعيف فانه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلاً اذ لا بد من الرد الى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه اعتقوا عني أحد عبيدى هذين انه يعتق أحدهما

فان تشاحا في العتق يقرع بينهما وانما قال يمتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم كما لو وصى بأحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبيده فانه يمين بالقرعة ويخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق ولو أعتق عبدا من عبيده ثم انسيه أو جهله ابتداء كمشكلة الظائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة ايضا ويخرج وجه آخر انه لا يقرع هاهنا من الطلاق وأشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق انه يقرع فمن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك في غيره إلا أنه لا يستباح وطىء شيء منهن اذا كن إماء ولو قال رجل ان كان هذا الظائر غراباً فعبدى حر وقال آخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر وجعل أمره فاشهرور أنه لا يعتق واحد من العبدین فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر فقيه وجهان أحدهما يعتق ما اشتراه لأن استدامته لاسترقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذي عتق فإذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه . والثاني أنه يمتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحاباً للأصل لا غير وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادق على أمر يتفقان عليه وعلى الثاني أن وقعت الحرية على المشتري فكذلك وان وقعت على عبده فولاؤه له ويتوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهذا وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين فقال أحدهما ان كان الظائر غراباً فنهبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصبي حر فان العبد يمتق على أحدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأمتي أول مائدينه حر فولدت ولدين واشتبه أولهما خروجاً فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداء ولو قال أول غلام لي يطاع فهو حر نطاع عبيده كلهم أو قال لزوجاته ايتكن طلع أولافى طالق نطلعن كلن فقص احد على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية منها واختلف الأصحاب في هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق فميز بالقرعة كمشكلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وأنهم طلعموا دفعة واحدة وقال صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده والمعتق انما أراد عتق واحد منهم فميز بالقرعة وهي طريقة القاضى في خلافه ومن الأصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ولفظه صالح للعموم لأنه مفرد [مضاف] أو يقال الأولية صفة للمجموع لا للأفراد وهو الذى ذكره صاحب المغنى في الطلاق ومنهم من قال لا تطلق ولا يعتق شيء منهم لأن الأول لا يكون الا فرداً لا تعدد فيه والنردية مشبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل في الطلاق والسامري وصاحب الكافي، ويتخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بعدهم من عييده وزوجاته طلقن وعتقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره فيتحقق له بذلك صيغة الأولية وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره. وقريب من هذه المسئلة ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق فقال واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده أيكم جاءني بخبر كذا فهو حر فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر على روايتين قال في أحدهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق وقال في الأخرى فقد عتق جميعاً انتهى. فأما وجه عتقهما جميعاً فظاهر لأن أياً من صبيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر إلى الأفهام من هذا التعليق الخصوص وأنه إنما أريد به عتق واحد يجيء بالخبر فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لا عموم شمول فلا يعتق به أكثر من واحدة فإذا اجتمع اثنان على الاتيان بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهي طالق فإذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة إلى الجميع سواء وأما الأخبار فالمقصود منه يحصل من أحد الخبرين فلا حاجة إلى الآخر، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضي أنه لو قال لزوجاته من أخبرني منكن بكذا فهي طالق فأخبرته متفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الأولى لأن مقصوده من الأخبار وهو الإعلام حاصل بها. ولهذا لو قال من دخل داري فله درهم فدخل جماعة فدخل كل واحد منهم درهم ولو قال من جاءني فله درهم فجاءه جماعة فلم درهم واحد بينهم ذكره القاضي في كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فإن كل واحد وجد منه دخول كامل، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً ففيه وجهان. أحدهما السبق المذكور بينهم كما لو قال من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة. والثاني لكل منهم سبق كامل لأنه سابق بانفراده، وحاصل الأمر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه كرد الآبق ونحوه فلا يتعدد الشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للعدد وهو نوعان. أحدهما ما يكون التعدد فيه مقصوداً لدخول الدار ونحوه فيتمتع الاستحقاق على الصحيح كما إذا قال من دخل داري فهو حر أو فله درهم أو فبى طالق وكذلك تجيء على هذا إذا قال من جاءني فله درهم لأن تعدد الاثنين مطلوب بخلاف ما ذكره القاضي. ومسألة السبق قد يقال هي من هذا النوع وقد يقال السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقي بل هو سابق إن تأخر عنه وسواء إن جاءه فأنصف بالسبق هو المجموع لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

جعلنا واحدا وهذا اظهر . والنوع الثاني مالا يكون التعدد فيه مقصودا كالإتيان بالخبر فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى . والذي نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل أبو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هذا يتخرج مسألة أو لكن يطلع على إذا قيل إن الأولية صفة لكل واحد من المجتمعين لأن هذا التعليق لم يقصده الا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قيل الأولية صفة للجموع بوجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتبه عبده بعبيد غيره قال القاضي قياس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتبهت زوجته بأجنب فطلقها فله اخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا أنه يخرج أربعاً بالقرعة ثم ينكح البواقي ، ولو اشتبهت اخته بأجنبيات فقال القاضي في خلافه لا يتمتع التميز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبهت فيمن فأنها تميز بالقرعة على المنصوص . وفي عهد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه الا بأجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تعمل في أكد التحريمين وتعمل في أيسرهما .

فصل

وهذه فوائد تلحق بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب ، ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة

١ - (الأولى) فمن ذلك ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها وفي هذه المسئلة روايتان عن الإمام أحمد . أحدهما ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائد (أحدها) محل الاستفتاح فعلى الأولى يستفتح في أول ركعة يقضيهما إذ هي أول صلاته نقلها حرب وفي شرح المذهب للقاضي لا يشرع الاستفتاح فيها لفوات محله ودلى الثانية يستفتح في أول ركعة يدركها لأنها أولته نقلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التعوذ فعلى الأولى يتعوذ إذا قام للقضاء خاصة وعلى الثانية يتعوذ في أول ركعة يدركها وهذا بناء على قولنا إن التعوذ يختص بأول ركعة فأما على قولنا هو مشروع في كل ركعة فتلغى هذه الفائدة (الفائدة الثالثة) هيئة القراءة في الجهر والاختفات فإذا فاتته الركعتان الأولتان من المغرب أو

العشاء جهر في قضائهما من غير كراهة نص عليه في رواية الاثرم وان ام فيهما وقلنا بجوازه سن له الجهر وهذا على الرواية الاولى وعلى الثانية لاجهرها هنا (الفائدة الرابعة) مقدار القراءة والاصحاب في ذلك طريقان . احدهما انه اذا ادرك ركعتين من الرباعية فانه يقرأ في المقضيتين بالحمد وسورة معها على كلا الروایتين . قال ابن ابي موسى لا يختلف قوله في ذلك وذكر الخلال ان قوله استقر على ذلك وفي المغنى هو قول الائمة الاربعة لا نعلم عنهم فيه خلافا . والطريق الثاني بناؤه على الروایتين فان قلنا ما يقضيه اول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفاتحة وهى طريقة القاضى ومن بعده وذكره ابن ابي موسى مخربا وقد نص عليه احمد في رواية الاثرم وأوما اليه في رواية حرب وغيره وانكر صاحب المحرر الطريقة الاولى وقال لا يتوجه إلا على رأى من رأى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأى من رأى قراءة السورتين في الآخريتين اذا نسيهما في الاولتين . قلت وقد اشار احمد الى مأخذ ثالث وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة سنة مؤكدة فيحتمل لها اكثر من الاستفتاح والاستعاذة ولو ادرك من الرباعية ركعة واحدة فان قلنا ما يقضيه اول صلاته قرأ في الاولتين من الثلاثة بالحمد وسورة وفي الثالثة بالحمد وحدها . ونقل عنه الميمونى يحتاط ويقرأ في الثلاث بالحمد وسورة قال الخلال رجع عنها احمد .

(الفائدة الخامسة) قنوت الوتر اذا ادركه المسبوق مع من يصلى الوتر بسلام واحد فانه يقع في محله ولا يعيده ان قلنا ما يدركه آخر صلاته وان قلنا اولها اعاده في آخر ركعة يقضيها .

(الفائدة السادسة) تكبيرات العيد الزوائد اذا ادرك المسبوق الركعة اثنائية من العيد فان قلنا هى اول صلاته كبر خمسا في المقضية وإلا كبر سبعا (الفائدة السابعة) اذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة فان قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الامام في الذكر الذى هو فيه ثم قرأ في اول تكبيرة يقضيها وان قلنا ما يدركه اول صلاته قرأ فيها بالفاتحة (الفائدة الثامنة) محل التشهد الاول في حق من ادرك من المغرب او الرباعية ركعة وفي المسئلة روايتان . احدهما يتشهد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين نقلها حرب . والاوى اختيار ابى بكر والقاضى وذكر الخلال ان الرويات استقرت عليها ، واختاف في بناء الروایتين فقل على الروایتين في اصل المسئلة ان قلنا ما يقضيه اول صلاته لم يجلس الا عقيب ركعتين وان قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لانها ثانيته وهذه طريقة ابن عقيل في فصوله وأوما اليها احمد في رواية حرب .

وقيل ان الروایتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهى طريقة صاحب المحرر وغيره ونص اخذ على ذلك صريحا في رواية عبد الله والبرائى مفرقا بين القراءة والتشهد وعلل في رواية عبد الله بانه

احتاط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر في القراءة في
الركعتين وقد صح عن ابن مسعود انه يجلس عقيب ركعة مع قوله ان ما ادركه مع الامام
آخر صلاته نقله عنه احمد . وزعم صاحب المغني ان الكل جائز ويرده ما نقله مهنا عن احمد انه
اذا جلس عقيب ركعتين سجد للسجود فجعله كتارك التشهد الاول ، وبما يحسن تخريجه على هذا الخلاف
ولم نجد منقولا تطويل الركعة الاولى على الثانية وترتيب السورتين في الركعتين فأما رفع اليدين
اذا قام من التشهد الاول اذا قلنا باستجابته فيحتمل أن يرفع اذا قام الى الركعة المحكوم بانها ثالثة
سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل ان يرفع اذا قام من تشهده الاول المعتد به سواء كان عقيب الثانية
أو لم يكن لانه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان وهذا اظهر والله اعلم

٢- (الثانية) الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكة . اختلف الاصحاب في ذلك على طرق . (احداها)
ان الزكاة تجب في العين رواية واحدة وهي طريقة ابن ابي موسى والقاضي في المجرى (والثانية) ان
الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة وهي طريقة ابي الخطاب في الاتصاف وصاحب التلخيص متابعة
للخري (والثالثة) انها تجب في الذمة وتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي وابي الخطاب
وغيرهما وهي طريقة الشيخ تقي الدين (والرابعة) أن في المسئلة روايتين . احدهما تجب في العين
والثانية في الذمة وهي طريقة كثير من الاصحاب المتأخرين وفي كلام ابي بكر في الشافى ما يدل على
هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك واعساره
فان كان موسرا وجبت الزكاة في ذمته وان كان معسرا وجبت في عين ماله وهو غريب وللأختلاف
في محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة (الاولى) اذا ملك نصابا واحدا ولم يؤد زكاته
احوالا فان قلنا الزكاة في العين وجبت زكاة الحول الاول دون ما بعده ونص عليه احمد واختاره
أكثر الاصحاب لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق
تملكه والمستحق في حكم المؤدى فصار كالمندور سواء فان المندور يجوز عندنا ابداله بمثله وهذا
كذلك وان قلنا الزكاة في الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا ان دين الله عز وجل يمنع الزكاة
وقال السامري يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام احمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت
زكاته من جنسه فاما ان كانت من غير جنسه كالابل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين
نص عليه معللا بانه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاما وهذا ملاك الخلال وابن ابي
موسى والقاضي والا كثرون وذكر الشيرازي في المبهج انه كالاول لا يجب سوى زكاة واحدة
ومضى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صرح به في التلخيص ونص احمد في رواية مهنا على

وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكى لاجوده في الخارج فتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نصر احمد في رواية غير واحد على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيما بعد الحول الاول، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداء فيه وجهان، احدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الادنى وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب المغنى، والثاني انه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال في الجامع واورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الاولى من غير النصاب في اثناء الحول الثاني ففي الحول الثاني على الاول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الاول يستأنفه من حين الاخراج ويلبى على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة والله اعلم (الفائدة الثانية) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لا تسقط بذلك الا زكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجائحة قبل القطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا تنفاد التمكن من الانتفاع، بها وخرج ابن عقيل وجها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف يخالف للاجماع. وعن احمد رواية ثانية بالسقوط ففهم من قال هي عامة في جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشي. واختلفوا في ما اخذ الخلاف على طريقين. أحدهما انه البناء على الخلاف في محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلواني في التبصرة والسامري وقيل انه ظاهر كلام الخرقى وفي كلام أحمد إيماء اليه أيضا. والطريق الثاني عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضي والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا انما إن قلنا تتعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلا لزوم وجوبها كان شكرا لنعمه ثم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة وأيضا ففهم من قال تعلقها بالعين ولا يبقى تعلقها بالذمة فهي كدين الرهن ووجه السقوط مطلقا انما إن قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجاني وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتمكن من الفعل كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة لفقراء من المال فيسقط بتلفه وفقر صاحبه واختار الساقط مطلقا صاحب المغنى (الفائدة الثالثة) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاعت التركة عنهما

فالمقصود عن أحدهما يتحاصن نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلاف
الأصحاب في ذلك فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة
لأننا إن قلنا هو الذمة فقد تساوى في محل التعلق وفي أن كلا منهما حقاً لأدمى وتمتاز الزكاة بأنها من
حق الله عز وجل وإن قلنا العين فدين الأدمى يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً فيتساويان وهذه طريقة
أبي الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة
لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن
وهذه طريقة القاضي في المجرد والسامري. وفي كلام أحمد إيماء إليها ومن الأصحاب من وافق على هذا
البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة
في الذمة فيساوى دين الأدمى وهذا تخريج في المحرر مع أن صاحبه ذكر في شرح الهداية أن النصاب
مضى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا يتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يزداد بزيادته
وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مومن المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك
على سائر الديون ، وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب . فاما ان كان المالك حياً وافلس
فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائغ
للعذر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الأدمى له وملازمته وحبسها فيكون عذراً له في التأخر
بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الأدمى لفاتت الزكاة بالسكينة وظاهر كلام القاضي
والأكثرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد ينزل على القول بالوجوب في العين إلا أن
صاحب شرح الهداية صرح بتقديمهما على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق
(الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منها هاهنا حالان .
إحدهما أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه صرح به الخرق والأصحاب
وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين فيقدم عند
التزاحم ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجاني على المرتين اذا لحق المنحصر في العين يفوت
بفواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفي من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ
القاضي وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقاً بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي اذا
كدين الرهن ، والاظهر في هذا ان يقال تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري والقهري اقوى
كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية
العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتعلق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتين لتعلقه بالعين

وشرح به بعض المتأخرين ولما أخذ الثاني ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل افلس وهذا مأخذ صاحب التاخيص وعلى هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب وذكره الخرقى ايضا لان تتعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون اذن والزكاة لا يتعين اخراجها منه وذكر السامري انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله اخراجها منه ايضا لانه يتعلق قهرى وينحصر في العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول ببيع أو غيره والمذهب صحته ونصر عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة وذكر ابو بكر في الشافى أنا ان قلنا الزكاة في الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا في العين لم يصح التصرف في مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تتعلق الزكاة تتعلق شركة أو رهن صرح به بعض المتأخرين وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن احمد في المرأة اذا وهبت زوجها مهرها الذى لها في ذمته فهل تجب زكاته عليه أو عليها قال فنصحناه به المهر جميعه فعلى المرأة اخراج زكاته من مالها وان صححنا الهبة فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين في ذمة الزوج فيلزمه اداؤه اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بناء غريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة بذمته حينئذ بغير خلاف كما لو تاف فان عجز عن أدائها فطريقان . أحدهما ما قاله صاحب شرح الهداية ان قلنا الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كما لو وجب عليه دين لآدمى وهو موسر فباع متاعه ثم أعسر وان قلنا في العين فسخ العقد في قدرها تقدىما لحق المساكين لسبقه . والثاني ما قاله صاحب المغنى انها تتعين في ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالا بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائبا عن مالكه لا يقدر على الاخراج منه لم يلزمه اخراج زكاته حتى يتمكن من الاداء منه نص عليه أحمد في رواية منها وصرح به الشيخ محمد الدين في موضع من شرح الهداية لأن الزكاة مواساة فلا يلزم اداؤها قبل التمكن من الاتفاف بالمال المواسى منه ، ونص احمد في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه آداء زكاته حتى يقبضه لأن عوده رجو بخلاف التالف بعد الحول وهذا لعله يرجع الى ان اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال القاضى وابن عقيل يلزمه آداء زكاته قبل قبضه لأنه في يده حكما ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف الدين الذى في ذمة غريمه وكذلك ذكر صاحب شرح الهداية في موضع آخر وأشار في موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا الذمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لا تسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن الغائب اذا تلف قبل قبضه . يخالف الكلام احمد (الفائدة السابعة) اذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرج من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق فان قلنا الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كما مؤونة لان الزكاة انما تجب في المال النامي فيحتسب من نمائه ، ويمكن أن ينفي على هذا الأصل ايضاً الوجهان في جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله الاخراج منه والا فلا وفي كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تركيته بدون اذنه نص عليه في رواية المروذي اللهم الا ان يصير المضارب شريكاً فيكون حكمه حكم سائر الخطاء والله اعلم .

٣- [الثالثة] المستفاد بعد النصاب في اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد ما لا زكوا من جنس النصاب في اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا ولكن هل نضمه الى النصاب في العدد ونخالطه به ويزكيه زكاة خلطة أو يفرده بالزكاة كما أفرد به بالحول فيه ثلاثة اوجه (أحدها) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه يختص بما اذا كان المستفاد نصاباً أو دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب الهداية لانه مضموم الى النصاب في العدد فيلزمه حينئذ جعل ما ليس بوقص في المال وقصا وهو ممتنع ويختص هذا الوجه أيضاً بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول يجتمع مع النصاب في الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر باطراده في كل الاحوال وصرح القاضي ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجهاً . والوجه الثاني أنه يزكى زكاة خلطة وصححه صاحب الهداية كما لو اختلط نفسان في اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب فيزكى زكاة ضم وعلى هذا فهل الزيادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يزك زكاة انفراد وهذا قول أبي الخطاب في انتصاره وصاحب المحرر . والثاني أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإنما زكاة النصاب زكاة انفراد لانفراده في أول حوله الأول بخلاف الحول الثاني وما بعده فعلى هذا إذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تنمة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول إذا تم حول المستفاد وجب فيه ما بقى من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فانه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتعين وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ما سبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناءه على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته . ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تنمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه مسنة فإذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني وهو الأظهر وعلى الأول يمتنع الضم هنا لثلاثين يؤول إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تنبيع على وجه الانفراد أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثاني) أن تكون تنمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستاً وسبعين من الإبل ثم ستاً وأربعين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه ابتالبون فإذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثاني يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزكى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فان وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد يهير وقصا محضا يضمه إلى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده فكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يمتنع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثاني وهو الأظهر يجب اخراج تنمة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبنتى لبون ونصفا عن مائتين من الإبل فهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يختلفان حيث أدى الاتفاق إلى أحد الأمرين وسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين . أحدهما أن لا يكون في واحد منهما أعنى النصاب والمستفاد وقص ولا حدث من اجتماعهما وقص فيزكى كما تقدم وهو أن يأخذ فرضي الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه ويتفق منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمساً من الإبل

بعد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فان الشارع أوجب أربع شياه في عشرين وبنت مخاض في خمس وعشرين فتكون مقدرة في خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين فانه يجب للزيادة ربع مسننة لان التببيع مقابل لثلاثة أرباع مسنة والسنة تعدل تيمما وثلاثا أبدا . (الضرب الثاني) أن يكون في المال وقصر أمالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيخالفها هنا وجه الضم والخلطة فانا على وجه الضم نجتمع من النصاب الأول ما يتعلق به الفرض منه ويضم اليه تمة نصاب المجموع من الباقي ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التمة وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع المال ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم، فنال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فاذا تم حول الثانية ضمنت الى العشرين الأولى خمسا تكن خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه شاتان فاذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تمة النصاب وهي عشر فاجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لأن فيهما جميعاً وقصاً لم يؤد عنه والمال عند الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله اذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج عن جميع ما لم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمسان من بنت مخاض وخمس خمس بنت مخاض فاذا تعذر هذا استفاد لا يخاف من أربعة أقسام . (الأول) أن يكون نصاباً معتمراً للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم احدى وثمانين بعدها ففي الأربعين شاة عند حولها فاذا تم حول الثانية فوجهان أحدهما فيها شاة أيضاً وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها شاة واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لأن ذلك حصة المستفاد من الشاتين الواجبين في الجميع . وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً لئلا يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع (القسم الثاني) أن تكون الزيادة نصاباً لا يغير الفرض كن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففي الأول إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فثلاثة أوجه . أحدها لا شيء فيها وهو وجه الضم لأن الزيادة بالضم تصير وقصاً . والثاني فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا تغير الفرض كن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففي الأول

إذا تم حولها شاة فإذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها ثلث شاة وهو وجه الخلطة (القسم الرابع) أن لا تبلغ الزيادة نصاباً وتغير الفرض كن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرأ بعدها فإذا تم حول الأولى ففيها تبيع فإذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكروافيها خلافاً ، ومنهم من صرح بنفي الخلاف كصاحب المحرر وعلى بان وجه الانفراد متعذر لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتمين وجه الخلطة وأما صاحب الكافي فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذي تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبيعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب إخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

٤ - [الرابعة] الملك في مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا في هذه مسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب (يولثانية) لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حتى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة (منها) وجوب الزكاة فلذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فزكاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له (ومنها) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو في مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً أو نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع (ومنها) مؤونة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) إذا تلف المبيع في مدة الخيار فإن كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشتري على المذهب وعلى الثانية من مال البائع (ومنها) لو تعيب المبيع في مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لا تنفاء القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال (ومنها) تصرف المشتري في مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحد في رواية أبي طالب أن له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما أن ذلك فرج فيحتاج إلى . والثاني أن ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالاستخدام والاجارة وانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تمر بفضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال الا بالعقق ونقل منها وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري الروايتين وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى أنه ان أجاز البائع صح والتمن له وان رده بطل البيع وعلى المشتري استرداده فان تعذر فعليه قيمته وان سرق أو هلك فهو من ضمان المشتري فحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشتري وآخرها يبطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لكنها مفرعة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتمين به أن الملك كان للبائع وعلى أن تصرف الفضولي موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لا نقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد في رواية حرب أنه لا ينفذ حتى يتقدمه اهضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغنى والمحرر ، وفي المجرد للقاضي احتمالان هذا كله تفريع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشتري ، فاما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما وللبائع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشتري فانه يختار به الامضاء وحتى الفسخ يقدم عليه (ومنها) الوطء في مدة الخيار فان وطئ المشتري فلا شيء عليه لأن الملك له وان وطئ البائع فان كان جاهلاً بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً فالمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والاكثرين لأنه وطئ لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطء المرتن ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا يفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه يفسخ بوطئه فلا حد لأن تمام الوطء وقع في ملك فتمكن الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحب المغنى والمحرر لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه بل وبمقدمات وطئه فيكون الوطء حيثئذ في ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشتري الخلاف (ومنها) ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأنكر الشيخ
 مجد الدين ذلك وقال بحثه على الروايتين . فاما الأخذ بالشفعة فلا يثبت فى مدة الخيار على الروايتين عند
 أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد فى رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بان الملك لم يستقر
 بعد ومنهم من علل بان الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها
 فى مدته وهو تعليل القاضى فى خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة
 وذكر أبو الخطاب احتمالاً بشبوت الشفعة مطلقاً اذا قلنا بانقل الملك إلى المشتري (ومنها)
 إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته فى مدة الخيار فعلى المذهب يستحق
 المشتري الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتريه لأنه شريك الشفيع حالة يده وعلى
 الثانية يستحق البائع الأول لأن الملك باق له (ومنها) لو باع الملتقط اللفظة بعد الحول بشرط
 الخيار ثم جاء بها فى مدة الخيار فان قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وان قلنا بانتقاله فوجهان .
 المجزوم به فى الكافى الوجوب (ومنها) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم احرم فى مدته فان قلنا
 انتقل الملك عنه فليس له الفسخ لأنه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه وان قلنا لم ينتقل
 الملك عنه فله ذلك ثم ان كان فى مدة المشاهدة أرسله والا فلا (ومنها) لو باعت الزوجة قبل الدخول
 الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فان قلنا الملك انتقل عنها ففى لزوم استردادها وجهان وإن
 قلنا لم يزل فيها استرده وجهها واحداً (ومنها) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع
 الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يارزمه لبقاء الملك (ومنها) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها
 فى مدته فان قلنا الملك لم ينتقل اليه لم يكفه ذلك الاستبراء وان قلنا بانتقاله ففى الهداية والمغنى يكفى
 وفى الترغيب والمحرم وجهان لعدم استقرار الملك

٥ - [الخامسة] الاقالة هل هى فسخ أو بيع فى المسألة روايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى
 والا كثرون أنها فسخ وحكاها القاضى عن أبى بكر وفى التنبيه لأبى بكر التصريح باختياره أنها بيع
 ولهذا الخلاف فوائد عديدة (الأولى) اذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز
 على قولنا هى فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكاهما القاضى فى المجرد فى الاجازات أنه يصح
 بيعه من بانه خاصة قبل القبض (الفائدة الثانية) هل يجوز فى المكيل والموزون بغير كيل ووزن
 إن قلنا هى فسخ جازت كذلك وان قلنا هى بيع فلا هذه طريقة أبى بكر فى التنييم والقاضى والاكثرين .
 وحكى عن أبى بكر أنه لابد فيها من كيل ثابت على الروايتين كما أن الفسخ فى النكاح يقوم مقام
 الطلاق فى إيجاب العدة (الفائدة الثالثة) اذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس

الثلث فان قلنا هي فسخ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد فتبين اذاً أن العوضين على وجههما كالرد بالسبب وغيره وان قلنا هي بيع فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده . أحدهما يصح وقاله القاضي في كتاب الروايتين كسائر البيوع . والثاني لا يصح وهو المذهب عند القاضي في خلافه ، وصححه السامري لأن مقتضى الاقالة رد الأمر الى ما كان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجوز بأكثر من الثلث وان كانت فيما فيبيع التولية وهذا ظاهر مانقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة فقدم فقال اقلى ولك كذا وكذا قال احمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعته ومعها فضل الا أن يكون تسمرت السوق أو تاركا البيع فباعه يبعاً مستأنفاً فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال اقلى فيها ولك كذا وكذا فهذا مكروه فقد كره الاقالة في البيع الأول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتبايعاه يباعاً مستأنفاً اذا تسمرت السوق جازت الاقالة بنقص في مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص في رواية احمد بن القاسم وسندي وحنبلي على الكراهة بكل حال نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللاً كشبهة مسائل العينة لانه تر جمع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشتري فضل درهم ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً لانه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً لاسيما والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه ما يدل على جوازه قال في رواية الأثرم وسأله عن بيع العربون فذكر له حديث عمر فقل له تذهب اليه قال أى شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال أليس كان ابن سيرين لا يرى بأساً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربون من جنس الاقالة بربح وهو يرى جواز بيع العربون وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر ، فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوباً بعشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشترى باثنين وعشرين نقداً قال لا بأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم يرب به بأساً وصرح أبو الخطاب وطائفة من الاصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لا يجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن احمد انه بعد القبض يبيعه كيف شاء (الفائدة الرابعة) تصح الاقالة بلفظ الاقالة والمصالحة ان قلنا هي فسخ ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي في خلافه قال ما يصلح للحل لا يصلح للعقد وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا الاقالة بلفظ البيع . وظاهر كلام كثير من الاصحاب انعقادها

بذلك وتكون معاطاة (الفائدة الخامسة) إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغنى فى النفليس ، ولو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضى مدة لان يتغير فى مثلها أو بعد إبقائه واشتباؤه بغيره صح على الأول دون الثانى ولو تقايلا مع غيبة أحدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل الدار وقال على الفور أقلتك فان قلنا هي فسخ صح وان قلنا هي بيع لم يصح ذكره القاضى وأبو الخطاب فى تعليقهما لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين فى المجلس . ونقل أبو طالب عن أحمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس واختاف الاصحاح فى تأويلها وفى كلام القاضى أيضا ما يقتضى أن الاقالة لا تصح فى غيبة الآخر على الروايتين لأنها فى حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد بالغيب والفسخ بالخيار وهل يصح مع تلف السلع على طريقين . أحدهما لا يصح على الروايتين وهى طريقة القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى ان قلنا هي فسخ صحت وإلا لم تصح قال القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى إن قلنا هي فسخ صحت وإلا لم يصح قال القاضى فى موضع من خلافه هو قياس المذهب وفى التلخيص وجهان فان أصلهما الروايتان اذا تلف المبيع فى مدة الخيار (الفائدة السادسة) هل تصح الاقالة بعد النداء للجمعة ان قلنا هي بيع لم تصح والا صحت ذكره القاضى وابن عقيل (الفائدة السابعة) نى المبيع نماء منفصلا ثم تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يتبع النماء بغير خلاف وان قلنا فسخ فقال القاضى النماء للمشتري وينبغى تخريجه على الوجهين كالرد بالغيب والرجوع للمفاس (الفائدة الثامنة) باعه فخلا حائلا ثم تقايلا وقد اطاع فان قلنا المقابلة بيع فالثمرة ان كانت مؤبرة فهى للمشتري الأول وان لم تكن مؤبرة فهى للبائع الأول وان قلنا هي فسخ تبعث الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه نماء منفصل ذكره فى المغنى وقد سبقت المسألة فى قاعدة النماء (الفائدة التاسعة) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هي بيع ففى التلخيص يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندى أن لا يثبت أيضا لأن الخيار وضع للنظر فى الحظ والمقيد وعلى دخل على أنه لاحظ له وانما هو متبرع والمستقبل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظ له فى ذلك وندم على أن العقد الأول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر والله أعلم (الفائدة العاشرة) هل يرد بالغيب ان قلنا هي بيع ردت به وان قلنا هي فسخ فيحتمل أن لا يرد به لأن الاصحاح قالوا الفسخ لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالغيب لأحد الشافعيين وأفتى الشيخ تقي الدين بفسخ الخلع بالغيب فى عوضه وبفوات حقه فيه وبافلاس الزوجة به (الفائدة الحادية عشرة)

الاقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . أحدهما على الخلاف فان قلنا هي فسخ جازت وان قلنا بيع لم يجز وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب الروضة وابن الراغوني والثانية جواز الاقالة فيه على الروايتين وهي طريقة الاكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك (الفائدة الثانية عشرة) باعه جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فان قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شرك في الأرض قبل المقابلة شيئا من الشقص بالشفعة وان قلنا هي بيع ثبتت لهم الشفعة وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفيعته ثم تقايلا وأراد العافي أن يعود الى الطلب فان قلنا الاقالة فسخ لم يكن لذلك والا فله الشفعة (الفائدة الثالثة عشرة) اشترى شقصا مشفوعا ثم تقايلاه قبل الطلب فان قلنا هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائعه وان قلنا فسخ فقبل لا تسقط أيضا وهو قول القاضي وأصحابه لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقبل يسقط وهو المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبي حفص والقاضي في خلافه (الفائدة الرابعة عشرة) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه من الأصحاب من قال ان قلنا الاقالة بيع مملوكة والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله والاكثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار (والخامسة عشرة) هل يملك المفاص بعد الحجر المقابلة لظهور المصلحة ان قلنا هي بيع لم يملكه وان قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على الأصح لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف بل من تمام العقد الأول ولو أحقه (الفائدة السادسة عشر) لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع اليه باقالة فان قلنا هي بيع امتنع رجوع الأب فيه وان قلنا هي فسخ فوجهان ، وكذلك حكم المفلس اذا باع السلعة ثم عادت اليه باقالة ووجدها بائعا عنده (الفائدة السابعة عشرة) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استبرأؤه فيه طريقان . أحدهما قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وان قلنا فسخ لم يجب والثاني أن في المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الاصل ثم قيل إنه مبني على انتقال الضمان عن البائع وعدمه واليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع الى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب الاستبراء وهذا أظهر (الفائدة الثامنة عشرة) لو حلف لا يبيع أو لا يبيعن أو علق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال فان قلنا هي بيع ترتبت عليها أحكامه من البر والحنث والا فلا وقد يقال الإيمان تبنى على العرف وليس في العرف أن الاقالة بيع (الفائدة التاسعة عشرة) تقايلا في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصدقه العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه ان قلنا هي بيع نحكمه بصدقه العقد الأول صحيح

لأن العقد باق وقد تأكد ترتب عقد آخر عايه وإن قلنا هي فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة
فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم
ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمد الادلة (الفائدة العشرون) لو باع
ذمي ذمياً آخر خمرأ وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها فإن
قلنا الاقالة يبيع لم يصح لأن شراء المسلم للخمر لا يصح. وإن قلنا هي فسخ احتمل أن يصح
فيرتفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى اسقاط الثمن عن المشتري واحتمل أن لا
يصح لأنه استرداد للملك الخمر كما قال أصحابنا في المحرم أنه لا يسترد الصيد بخيار ولا غيره فإن رد
عايه بذلك صح الرد ولم يدخل في ملكه فيلزمه ارساله. وفي التخييص لو رد العبد المسلم على بايعه
الكافر بعيب صح ودخل في ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم
بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك إذا قلنا يملك بالقر (الفائدة الحادية والعشرون)
الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضى في موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل
بالموت ولا يصح بعده. وقال في موضع آخر إن قلنا هي بيع صححت من الورثة وإن قلنا فسخ فوجهان
٦- [السادسة] النفود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا في المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما
أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات حتى أن القاضى في تعليقه أنكر ثبوت الخلاف في
ذلك في المذهب والا كثرون أثبتوه ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (منها) أنه يحكم بملكها للمشتري
بمجرد التعيين فيملك التصرف فيها وإن تلفت تلفت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الاخرى
لا يملكها بدون القبض نهى قبله ملك البائع وتناف من ضمانه (ومنها) لو بان الثمن مستحقاً فعلى
المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على ملك الغير فهو كمالو اشترى سلعة فبانت مستحقة وعلى
الثانية لا تبطل وله البدل، وما هنا مسألة مشتملة على قواعد المذهب وهي إذا غصب نقوداً واتجر
فيها درج فإن نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك فمن الاصحاب من بناء على القول بوقف
تصرف الغاصب على الاجارة كابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من بناء على أن تصرفات الغاصب
صحيحة بدون اجازة لأنه مدة تطول فيشقى استدراكها وفي القضاء يطلانها ضرر عليه وعلى
المالك بتفويته الربح وهي طريقة صاحب التلخيص والصحة عنده مختصة بالتصرف الكثير وأشار
اليه صاحب المغنى وأن ما لم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح التصرف فيه بدون انكاره
لهذا المعنى. ومن الاصحاب من نزه على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم تقدم الثمن وهي طريقة
القاضى في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر ويشهد لهذا أن المروذى نقل عن أحمد التفرقة

بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة فتنزل نصوصه المطلقة على هذا المقيد وانما كان الربح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المغصوب منه وفائدته فهو كالمتولد من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء (ومنها) اذا بان النقد المعين معيماً فله حالتان. احدهما أن يكون عيبه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الاصحاب وعللوه بانه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبان حماراً وأوأمأ اليه أحد في رواية الميموني فقال ان كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه اذا كان كله أو غالبه كذلك واما ان كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن اجباره على قبول هذا وانما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل في الباقي للمشتري الخيار لتبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما اذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبان تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بثمن الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فاذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه ربا ان كان سمناً عنده سمن أعطاه بوزنه سمن وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وانما فرق بين السمن وذيره لأن السمن شأنه بيع السمن وكأنه باعه بمقدار الظرف سمناً وأما غيره فانما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الاول لا الثاني (الحالة الثانية) أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبائع بالخيار بين الامساك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومن أهلك فله الارش الا في صرفها بحبسها صرح به الحلواني وابنه وصاحب المحرر وفي بعض نسخ الخرقى ما يقتضيه وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فالما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال الا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه في المجلس ولافسخ بذلك وانما يثبت به البدل دون الارش لان الواجب في الذمة دون المعين (ومنها) اذا باعه سلعة بنقد معين فبلى المشهور لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منها ثم يقضيها لتعلق حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد في الذمة فيجبر البائع أولاً على التسليم لتعلق حق المشتري بالعين
دونه . ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة
(ومنها) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أنه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيماً وأنكر المشتري فيه
ثلاث طرق . أحدها أن قلنا النقود تتمين بالتعيين فالقول قول المشتري لأنه يدعى عليه استحقاق
الرد والاصل عدمه وان قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشتري أيضاً لأنه أقص في
الظاهر ماعليه . والثاني قول القابض لأن الثمن في ذمته والاصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها
منه وهذه طريقة السامري في المستوعب . والطريقة الثانية أن قلنا النقود لا تتمين فالقول قول البائع
وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت براءتها منه وان قلنا تتمين فوجهان
مخرجان من الروايتين فيما اذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة . أحدهما القول قول
البائع لأنه يدعى سلامة العقد والاصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والاصل عدمه . والثاني قول
القابض لأنه منكر التسليم والاصل عدمه وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه وجزم صاحب
المغنى والمحرر بأن القول قول البائع اذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع ولم يحكما خلافاً
ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيماً نظراً الى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والاصل
عدمه . وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف و فرق السامري في فروقه بين أن يكون المردود
بعيب وقع عليه معيماً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون في الذمة فيكون القول قول المشتري
لما تقدم وهذا فيما اذا أنكر المدعى عليه العيب ان ماله كان معيماً أما إن اعترف بالعيب فقد فسخ
صاحبه وأسكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو في يده صرح به في التفليس في المغنى
معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر والاصل معه ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار اذا
رده المشتري بالخيار فانكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشتري حكاه ابن المنذر عن أحمد
لا نفاه ماعلى استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجهه صاحب المغنى وقد يبنى على ذلك أن المبيع
بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره .
فان الامانات القول قول من هي في يده مع الاختلاف في عينها وقد نص عليه أحمد في الرهن ولذلك
نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه
أنه أمانة عنده ومن الأصحاب من علل بأن الاصل براءة ذمة البائع ما يدعى عليه فهو كما اقر بعين
لرجل ثم أحضرها فانكر المقر له أن تكون هي المقر بها فان القول قول المقر مع يمينه (ومنها) لو
كان عبد بن شريكين قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لا أحدهما اعتق نصيبك غنى على هذه الدنانير العشرة ففعل عتق نصيب المسؤول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتعيين لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء. فصار معسراً وإن قلنا لا يتعين سري إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بنمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامري ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

٧ - [السابعة] العبد هل يملك بالتملك أم لا ؟ في المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الاصحاب أنه لا يملك وهو اختيار الخرقى وأبى بكر والقاضى والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شاقلا وصححها ابن عقيل وصاحب المغنى ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً (فمنها) لو ملك السيد عبده مالا زكوا فإن قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وإن قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لا تنفاه ملكه له ولا على العبد لأن ملكه مزكول ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الاصحاب منهم أبو بكر والقاضى وهو ظاهر كلام الخرقى وفي كلام أحمد إيماء إليه وحكى بعض الاصحاب رواية بوجود زكاته على العبد على القول بأنه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك اذن السيد لقول أحمد فيزيه باذن سيده وإنما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزي بدون اذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالاً بوجود زكاته على السيد على كلا القولين لأنه إما ملك له أو في حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله (ومنها) إذا ملك السيد عبداً وأهل عليه هلال الفطر فإن قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وإن قلنا يملكه فوجهان أحدهما لفطرة له على أحد قوله القاضى وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثانى فطرته على السيد صححه صاحب المغنى لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته (ومنها) تكفيره بالمال في الحج والإيمان والظهار ونحوها ، وفيه للاصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فإن قلنا يملك فله التكفير بالمال في الجملة والا فلا وهذه طريقة القاضى وأبى الخطاب وابن عقيل وأكثر المتأخرين لأن التكفير بالمال يستدعى ملك المال فإذا كان هذا غير قابل للملك بالكلية ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فانه يكفر بالطعام وهل يكفر بالنفق على روايتين لأن العتق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجزاء الصيام المترجه ان كان فى ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وإن لم يكن فى ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحرم المعسر اذا بذل له مال . وعلى هذا يتنزل ما ذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال في الحج ونفى اللزوم في الظهار

(الطريقة الثانية) أن في تكفيره بالمال باذن السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك حكاهما الفاضل في المجرد عن شيخه ابن حامد وغيره من الاصحاب وهي طريقة أبي بكر فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك أن يملكه ضعيف لا يحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا نفقة الأقارب فكذلك الكفارات والوجه تكفيره بالمال مع القول باتفائه ملكه مأخذان. احدهما أن تكفيره بالمال انما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله في ملك المكفر عنه كما يقول في رواية في كفارة المجامع في رمضان إذا عجز عنها وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا باذنه جاز أن يدفعها اليه وكذلك في سائر الكفارات على إحدى الروايتين ولو كانت قد دخلت في ملكه لم يحز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حيثئذ اخراجا للكفارة (والمأخذ الثاني) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته اليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام فيجوز أن يثبت له في المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون ييمه وهبته كما اثبتنا له في الأمانة ملكا قاصراً أيسح له التسرى بها دون بيعها وهبتها على ما سنده و هذا اختيار الشيخ تقي الدين .

ووجه التفريق بين العتق والاطعام أن التكفير بالعتق محتاج الى ملك بخلاف الاطعام ذكره ابن أبي موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه ففعل اجزأته ولو أمر أن يعتق عنه ففي اجزائه عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق لم يصح ولو اعتق الاجنبي عن الموروث لم يصح ولو اطعم عنه فوجهان (الطريقة الثالثة) أنه لا يجوز التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقين وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في كتاب الظهار وصاحب التاخيص وغيرهما لأن العبد وإن قلنا يملك فإن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالسكينة فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فانه قابل للتملك ومن هاهنا والله أعلم قال الخرق العبد اذا حنث ثم عتق إنه لا يجوز له التكفير بغير الصوم بخلاف الحر المعسر اذا حنث ثم أيسر وقال أيضاً في العبد اذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مدمن قيمة الشاة يوماً وقال في الحر المعسر انه يصوم في الاحصار صيام التمتع . والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات والاحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فواجبنا على العبد صياماً يقوم مقام الهدى ويعدل قيمة الشاة كما وجب في جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالأصالة ليس بدلاً عن الهدى وهو يعدل الهدى وشبيه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فإن الواجب في ذمته بالأصالة هو الهدى فاذا عجز عنه انتقل الى البدل الذي شرع للهدى وهو صيام التمتع (ومنها) اذا باع عبداً وله مال وفيه

الاصحاح طرق (احداها) البناء على الملك وعدمه فان قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر
 شرائط البيع فيه لانه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك
 صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا لا يملك اشترط للمالكه
 معرفته وأن يبعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط
 التقاض لأن المال حينئذ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضي في المجرى وابن عقيل وأبي الخطاب
 في انتصاره وغيرهم (والطريقة) الثانية اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فان كان المال مقصوداً
 للمشتري اشترط علمه وسائر شروط البيع وان كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع
 به وحده لم يشترط ذلك لانه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر
 أصحابه كالخرقي وأبي بكر والقاضي في خلافه وكلامه ظاهر في الصحة . وإن قلنا ان العبد لا يملك
 وترجع المسئلة على هذه الطريقة الى بيع ربوي بغير جنسه ومعه من جنسه ما هو غير مقصود وقد استوفينا
 الكلام عليها في القواعد ورجح صاحب المغنى هذه الطريقة (والطريقة الثالثة) الجمع بين الطريقتين وهي
 طريقة القاضي في الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أنا ان قلنا العبد يملك لم يشترط للماله شروط
 البيع بحال وان قلنا لا يملك فان كان المال مقصوداً للمشتري اشترط له شرائط البيع وان كان غير مقصود
 له لم يشترط له ذلك (ومنها) اذا أذن المسلم لعبده الذمي أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتراه
 فان قلنا يملك لم يصح شراؤه له وان قلنا لا يملك صح وكان مملوكاً للسيد . قال الشيخ مجد الدين
 هذا قياس المذهب عندي قلت ويتخرج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين
 أنه لا يصح شراء الذمي لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بان يأذن الكافر لعبده المسلم الذي يثبت ملكه
 عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً . فان قلنا يملك صح وكان العبد له وان قلنا لا يملك لم يصح
 (ومنها) تسرى العبد وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف في ملكه فان قلنا يملك جاز تسريه
 وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة
 القاضي والأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهي طريقة الخرقي وأبي بكر
 وابن أبي موسى ورجحها صاحب المغنى وهي أصح فان نصوص أحمد لا تختلف في إباحة
 التسرى له فتارة علل بأنه يملك وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لاجماع الصحابة عليه وهذا
 يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل انه لا يملك اتباعاً للصحابة في ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل
 إنه لا يملك فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج الى الانتفاع به ولذلك يملك عقد النكاح وهو
 ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسرى ويثبت له هذا الملك الخاص لحاجته اليه ولا يجوز تسريه

بدون اذن نص عليه في رواية جماعة كزكاحه ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماليته ويضر به لتعلق حق السيد به والتسرى فيه في اضرار بالجارية وتنقيهر للماليتها بالوطء والحمل وربما أدى الى تلفها . ونقل عنه أبو طالب و ابراهيم بن هانيء يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده في ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضي فيما علقه على حواشي الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه من غير اذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده اذا كان مأذوناً له ونصه يقدم على اشتراط تسريه في مال نفسه الذي يملكه وقد أوالى هذا في رواية جماعة وهو الاظهر ونقل الاثرم عنه في الرجل يهب لعبد جارية لا يوطأها ولكنه يتسرى في ماله اذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذي في يديه وهذا في اعتبار الاذن في التسرى من مال نفسه وتفرقه بين ذلك وبين الأمة التي يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون اذن السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لأذن السيد بكل حال . واعلم أن الامام احمد متردد في تسرى العبد بأمة سيده ونكاحه هل هما جنس واحد أم لا فقال في رواية حنبل لا يبيع أمته المزوجة بعبيده حتى يطلقها العبد فجعله تمليكاً لازماً ونقل عنه الاكثر جوازها واختلف عنه في بيع سرية عبيده فنقل عنه الميهوني الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع معالاً بأن التسرى بمنزلة النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هانيء وغيره واختلف عنه في جواز تسرى العبد بأكثر من أمتين فنقل عنه الميهوني الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه في أن العبد وسريته يوجب تحرهما عالياً ولزوال ملكه عنها ونقله عن ابن عمر واختلف عنه في عتق العبد وزوجته هل ينفسخ به النكاح على روايتين بناء على تغليب جهة التملك فيه أوجه النكاح وقد استشكل أكثر هذه النصوص القاضية وربما أوطأ ونزل على ما ذكر الشيخ تقي الدين وهذه المسائل المذكورة منصوصة عن السلف حكماً وتعليلاً كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ محمد الدين ظاهر كلام أحد إباحة التسرى للعبد وإن قلنا لا يملك فيكون زكاحاً عنده وحمل قول أبي بكر على مثل ذلك وعلى هذا فدل الاشهاد وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير وفي ثبوت المهر به خلاف معروف (ومنها) لو باع السيد عبد نفسه بماله في يده فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق بذلك وذكره الخرق مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد مع عبده في بيعه نفسه بماله اقراراً له على ما ذكره فيصح بيعه ويعتق وإن قلنا لا يملك لم يصح بيعه ويحتمل أن يقال بيعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب ان بيع السيد عبده نفسه بمال تعاقب لعتقه على التزامه فيعتق على ملك السيد فيكون هاهنا تعليلاً على إيفاء

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل ليشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشتري فهل يصح العقد ويعتق ان اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال صح وعتق وإن اشتراه بغير المال انبنى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ماسبق والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله وأبي الحارث وأبي داود البطلان معللا بما ذكرنا وذكره الحرقى والفرق بين هذه والتي قبلها أن السيد لم يعلم مهنا أنها ماله فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد ونص في رواية مهنا وحبل على أنه يعتق ويغرم المشتري الثمن وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تتعين وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد مختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق في النكاح المختلف فيه وهو أحد الوجهين للاصحاب وكذلك نقل مهنا عنه في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فإن استهلك كان ديناً على العبد ويعتق العبد وحمل القاضى في موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [في] المسئلة على أن العبد وكل الرجل في شراء نفسه من سيده فيكون المشتري وكيلاً للعبد ويكون وكالة صحيحة قال الشيخ مجدد الدين فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال ويلزم المشتري الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً في موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح توكيله فيه ولهذا قل أحد لا ربا بين العبد وسيده نال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة غلطاً في كتابيهما يعنى القاضى وابن عقيل وان الصواب في ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده (ومنها) إذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه فإن قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والا فلا وهى طريقة أبى بكر والقاضى في خلافه وصاحب المهرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فإن قلنا يملك انفسخ نكاحه وان قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فإن قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وان قلنا يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فإذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه تمام ماكه حينئذ ذكره القاضى في المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه ان قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وان قلنا يملك فظاهر كلام أحمد أنه ينفذ بعتق السيد لرقيق عبده قال القاضى في الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجوع فيه قبل عتقه قال وان حمل على ظاهره فلان عتقه يتضمن الرجوع في التمليك (ومنها) الوقف على العبد فهو أحد على أنه لا يصح فقيل ان ذلك يتفرع على القول

بأنه لا يملك فاما إن قيل انه يملك صح الوقف عليه كالكاتب في أظهر الوجهين والأكثر على أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لعبد بشيء من ماله فان كان بجزء مشاع منه صح وعق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكل عتقه من بقية الوصية نص عليه ، فقيل لأن الوصية إنما صحت لعتقه فتقديم العتق أهم وأنفع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متمين فتمين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه فعتق عليه وملك به بقية الوصية فصار معسراً فسرى العتق إلى الباقي مضموناً بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها . كمن ملك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفي كلام أبي الحسن التميمي ما يشعر به أيضاً .

وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسرى العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر ففي صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناها على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حل الصحة على أن الوصية كقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده فان قلنا يملكها لم يسهم لها لان الفرس تبع مالها فاذا كان مالها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وان قلنا لا يملكها أسهم لها لأنها لسيد كذا قال الأصحاب، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لا يسهم لها متحداً ونقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن الكل للسيد ولا يسهم لأكثر من فرسين ، « تنبيه » الخلاف في ملك العبد بالتملك هل هو مختص بتملك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) ملكه اللقطة بعد الحول قال طائفة من الأصحاب ينبغي على رواية الملك وعدمه جملاً لتملك الشارع كتملك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة وإن لم يملك بتملك سيده لانه تملك شرعى يثبت قهراً فيثبت له حكماً وفارق الميراث لان العبد ليس من أهله لا تقطاع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بغير خلاف وكذلك في الهداية والمغنى أنها ملك لسيد (ومنها) حيازته المباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطياد أو معدن أو غير ذلك . فمن الأصحاب من قال هو ملك لسيد دونه رواية واحدة كالتقاضي وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيد

فهى كيد نفسه فالخاصل في يد عبده كالحاصل في يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكك أياه ذكره القاضي وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ محمد الدين وقاسه على اللقطة وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر (ومنها) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله باذن سيده أو بدونه إذا أجزأه ذلك على المنصوص فالمال للسيد نص عليه في رواية حنبل وذكره القاضي وغيره وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالع العبد زوجته بموض فهو للسيد ذكره الخرقى وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد ويعضده أن العبد هنا يملك للبضع فملك عوضه باطلع لان من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الامة فهو للسيد لانه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكه كالجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملكه .

٨ - [الثامنة] المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الاكثرون في المسئلة روايتان (إحداها) يملكه بالظهور وهى المذهب المشهور والرواية الثانية لا يملك بدون القسمة ونصرها القاضي في خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالحاسبة التامة كابن أبى موسى وغيره وبذلك جزم ابو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد ولهذا الاختلاف فوائد : (منها) انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة فان قيل لا يملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار ففيه للأصحاب طرق (أحدها) لا ينعقد الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهى طريقة القاضي في المجرد والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقة أبى بكر وابن أبى موسى إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة وعندهما بالحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في رواية صالح وابن منصور وحنبل (والطريقة الثانية) إن قلنا يملكه بالظهور انعقد الحول عليه من حينه وإلا فلا وهى طريقة القاضي من موضع من الجامع الصغير وأبى الخطاب (والطريقة الثالثة) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينعقد الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينعقد قبله على وجهين وهى طريقة ابن عقيل وصاحبي المغنى والمحرر لسنكهما رجحاً عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح وينعقد الحول عليها بالظهور وأما بقية الربح فلا يلزمه زكاته سواء قلنا يملكه العامل بالظهور أولاً في ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضي والاكثرين لأنه ان سلم فهو للعامل وان تلف تلف عليهما وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته اذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسئلة المزارعة وهو ضعيف (ومنها) لو اشترى العامل بعد ظهور

الربح من يعتق عليه بالملك ففيه طريقان (أحدهما) البناء على الملك بالظهور وعدمه فان قلنا يملك به عتق عليه والا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني (والطريق الثاني) ان قلنا لا يملك بالظهور لم يعتق وان قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يعتق عليه وهو قول القاضي وأبي الخطاب وأوماً اليه أحمد في رواية ابن منصور . والثاني لا يعتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فان الملك فيه غير تام ولهذا لا يجزىء في حول الزكاة كما سبق والعتق يستدعي ملكاً بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فان العتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمتنع الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر العتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم ان كان موسراً سرى عليه لان العتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبيل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الاسواق وذكره في التلخيص (ومنها) لو وطىء العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فان قلنا يملكه بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وان لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعزر ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغنى لأن الربح مبنى على التقويم وهو وهو أمر اجتهادى لا يقطع به . والثاني عليه الحد قاله القاضي لا تنفأ الملك وشبهته (ومنها) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فان لم يظهر ربح صح نص عليه لانه ملك لغيره وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور وإن قلنا يملكه به فهو كشراء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يبطل في قدر حقه لانه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يغير فيها رب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالمفرد عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى (ومنها) لو اشترى العامل شقصاً للمضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقان . أحدهما ما قال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لا يملك الاخذ واختاره في رؤوس المسائل لانه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصى والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثاني له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فانه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولانه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصى والوكيل وعلى هذا فالمسئلة متيدة بحالة ظهور الربح ولا بد (والطريقة الثانية) ما قال صاحب المغنى ان لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لا يملكه بالظهور فله الاخذ لان الملك

لغيره فكذلك الأخذ منه وإن كان فيه ربح وقلنا يملكه بالظهور ففيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق (ومنها) لو اسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فان قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد (ومنها) لو قارض المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والأصحاب يجوز ولا يعتبر من الثلث لأن ذلك لا يؤخذ من ماله وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث لأنه خارج حينئذ من ملكه واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم لأن المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً وإنما زادهم فيه ربحاً .

٩ — [التاسعة] الموقوف عليه هل يملك رقة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانية لا فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً وينزل على هذا الاختلاف مسائل : (منها) زكاة الوقف إذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها وإن قلنا ملك لله فلا زكاة وهذه طريقة المحرر وهو ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا وعلى بن سعيد وعلى هذا فان قلنا يملكه الواقف فعليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه فان الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضي وابن عقيل لقصور الملك فيه (فأما) الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازي لازكاة فيه مطلقاً ونقله غيره رواية (ومنها) لو جنى الوقف فأرشد جنائته على الموقوف عليه إذا قيل إنه ماله لأنه امتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه وإن قيل هو ملك لله فالأرض من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الأرض على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال (ومنها) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل إنه يملكها وإن قيل هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها بأذن الموقوف عليه وإن قيل هي ملك الواقف فهو أولى (ومنها) نظر الواقف إذا لم يشترط له ناظر فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبي موسى قال الحارثي وعندى أن هذا القول لا يختص بالقول باستثناء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وإن قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعد (ومنها) هل يستحق الشفعة و بشركة الوقف فيه طريقان . أحدهما البناء على أنه هل يملكه الموقوف عليه فان قيل يملكه استحق به الشفعة

والأفلا (والثاني) الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من المطلق أما على الوجه الآخر يمنع القسمة فلا شفعة إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من المقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة (ومنها) لو زرع الناصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالشفعة إن قيل هو المالك فله ذلك والأفلا هو كالتأجير ومالك المنفعة فيه تردد سبق ذكره في القواعد (ومنها) فقرة الوقف وهي في غلته ما لم يشرط من غيرها فإن لم يكن له غلة فوجهان . أحدهما نفقته على الموقوف عليه والثاني هي في بيت المال فقيل هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه وقد يقال بالوجوب عليه وإن كان الملك لغيره كما تقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه (ومنها) لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الجهة فقيل هو بناء على أن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه فإن قلنا بانتقاله لم يجز كالكهية وهو قول أبي الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القرابة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبيه بهذا وقف المريض على وارثه هل يقف على الإجازة كهية أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان (ومنها) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فإن قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه وإن قلنا لله تعالى صح (ومنها) الوقف المنتقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو إلى الورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه وظاهر كلامه أنه يعود إليهم . رثنا لا وقفنا وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره ويشهد له أن أحمد في رواية حنبل شبه الوقف بالعمرى والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمرى والرقبي إلى ورثة المصطفى وجعل الخلال حكم الوقف المنتقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى أنه إنما يرجع وفقاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنتقطع وبين العمرى بأن العمرى ملك للمعمر والوقف ليس يملك به شيئاً إنما هو لمن أوقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الوقف عليه لا يملك سوى [منفعة] الرقبة وإن الرقبة ملك للواقف (ومنها) لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها أما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل نصير أم ولد له إن قلنا هي ملك له صارت مستولدة له فتعتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشتري بها رقبة مكانها تكون وفقاً وإن قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بها لها (ومنها) لو تزوج الموقوف

عليه الآمة الموقوفة فان قيل هل ملك له لم يصح والاصح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فانه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [العاشرة] اجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية في المسألة روايتان معروفتان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبنى على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبنى على القول بالوقف اما على البطالان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقي الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فانه يسقط وطرد هذا في الاعيان المشاعة كالنظام إذا استثنى حقه من الغنمية والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالديون في جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : (منها) انه لا يشترط لها شروط الهبة من الايجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأفنت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له في المجلس وان قلنا هي هبة افتقرت الى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره وكلام القاضي يقتضى ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ مجد الدين والصحة ظاهر المذهب وهل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للجهين ففي الخلاف للقاضي والمحرر هو مبنى على هذا الخلاف وصرح بعد ذلك صاحب المحرر بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال ثم قال ظننت المال قليلاً لم يقبل قوله ولا تنافي بينهما لوجهين (أحدهما) أن صحة اجازة المجهول لا ينافي ثبوت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجهز لم يعلمه استدراكا لظلامته كما تقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلاً فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثاني أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهماً فبان ألفاً فهو انما أجاز مائة وخمسين درهماً ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلافه إذا أجاز النصف كأنما كان فانه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالإبراء وطريقة صاحب المغني أن الاجازة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة على وجهين ومن الأصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجاز له فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجاز له فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه (ومنها) إذا كان المجاز عتقاً فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصيته وان قلنا عطية فالولاء لمن أجاز وان كان أنتى (ومنها) لو كان المجهز أباً للمجاز له كمن أوصى لولد ولده فأجاز ولده فليس بالمجهز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذ وان قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وهب لولده مالاً (ونحوها) لو

حلف لا يهب فاجاز فان قلنا هي عطية حنث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفترقة الى الاجازة قبل الاجازة ثم اجيزت فان قلنا الاجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت الملك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا اجيز هل يزاحم بالزائد مالم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت معناوصيتان احدهما مجاوزة للثلث والاخرى لا تجاوزه كنصف وثلث و اجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خمسه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تلتق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فينقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو اجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه تمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخراجه في المرض ونظيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابنى الخطاب في انتصاره وهما منزلا على أصل الخلاف في حكم الاجازة وقد يتنزلان على أن الملك هل ينتقل الى الورثة في الموصى به أم يمنع الوصية للزعمال وفيه وجهان فان قلنا ينتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخراج مال مملوك والا فهي من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد في ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفي المعنى هي نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى في التالى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المعنى في الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع

١١ - [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها في المسئلة وجهان معروفان وعلى القول بانه انما يملكها من حين قبوله فهل هي قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة على وجهين ايضا واكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصى له وهو قول أبى بكر والخزرقى ومنصوص أحمد بل نص أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر له القبول فيملكه قهراً كالبراث وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد ولهذا الاختلاف فوائد عديدة (ومنها) حكم ثمانية بين

الموت والقبول فان قلنا هو على ملك الموصي له فهو له لا يحتسب عليه من الثلث وان قلنا هو على ملك الموصي فتوفر به التركة فيزداد به الثلث وان قلنا هو على ملك الورثة قبله لهم خاصة وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصي له لا يتسلم القبول وان التمس قبله للورثة مع ان العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكا له حين الوفاة وذكر أيضا اذا قلنا انه مراعى وانا نبين بقبول الموصي له ملكه له من حين الموت فان التمس يكون للموصي له معتبرا من الثلث فان خرج من الثلث مع الاصل فهما له والا كان له بقدر الثلث من الاصل فان فضل شيء من الثلث كان له من التمس (ومنها) لو قص الموصي به في سر أوصفة فني المحرر ان قلنا يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت الى القبول لان الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بعضها بطلت الوصية في التالف وأما نقص الاسعار فلا تضمن عندنا وان قلنا يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سراً وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخري أن قيمة يوم الوصية ولم يحك صاحب الغنى فيه خلافا فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها لأن حقه تعلق بالموصي له تمليقا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالمبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصي به أمة فوطئها الموصي له قبل القبول وبعد الموت فان قلنا الملك لهضي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فان قلنا الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصي له وان قلنا لا يملكها لم تكن أم ولده (ومنها) لو وصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى اولدها اولاد ثم قبل الوصية فان قيل يملكها بالموت فولده حر والامة أم ولده ويبطل نكاحه بالموت وان قيل لا يملكها الا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول وولده رقيق للوارث (ومنها) لو وصى لرجل بابنه فمات الموصي له قبل القبول وقلنا يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وحق وهل يرث من أبيه الميت أم لا ان قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حراً عند موت أبيه فيرث منه وان قلنا انما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبيه رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فان قلنا يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونه ووصاياه وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل ذكره في المحرر ويخرج فيه وجه آخر انه يكون ملكا للموصي له على الوجهين لأن التمايك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا نقول على احبى الروايتين ان المكاتب اذا مات وخلف وفاء أنه يؤدي من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حراً مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب الا بعد الاداء (ومنها) لو وصى لرجل بارض فبنى لوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل ففي الارشاد ان كان الوارث عالماً بالوصية قلع بناءه غرسه بحانا

وان كان جاهلاً فعلى وجهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هي قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً يملك بقيمته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حقه فيها (ومنها) جريانه من حين الموت في حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزول له وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المسكاتب فيه تردد .

١٢ - [الثانية عشر] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ في المسألة روايتان أشهرهما الانتقال وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه قال ابن عقيل هي المذهب وقد نص أحمد ان الفلاس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل نقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين فجاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيي أنا أعطى ربع الدين ودعوا لي ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعني الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضي الضمان كحفر بئر ونحوه صرح به القاضي . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصرح في قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقاً ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية فيه خلاف يتجرر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو ينقسم ؟ صرح القاضي في خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسنذكره والثالثة هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمة الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافهما وابن عقيل ومنهم من قيده بالموجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم . والثاني هو باق في ذمة الميت ذكره القاضي أيضاً والآمدي وابن عقيل في فنونه وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتعلق بأعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى ورد بازوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف وإذا عرف هذا فلم هذا الاختلاف فوائده : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال إليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالانتقال فوجهان . أحدهما لا ينفذ قاله القاضي في المهرود وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحمل القاضي في غير المجرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والتقسمة وجماله المذهب وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومتى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالدين ونصب الحاكم من يوفيههم منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيما طولبوا بآيوان كلها كما تقول في سيد الجاني إذا فداه أنه يفديه بارش الجنابة بالغاء ما يبلغ على رواية وكلام أحمد في رواية البرزاطي ها هنا يدل عليه وسند كره وفي الكافي إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن ذكره أبو الخطاب في امتصاره وحكي القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين وأنه لا ينفذ مع العلم وجملة صاحب الكافي مأخذهما أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة إسقاطها بالترامهم الاداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كان ملكه ثابتاً فيها بغير خلاف ولا ينفذ عتقه مع الإعسار فلأن لا ينفذ عتقهم مع إعسارهم والاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المجرد لا يصح وعلل بأنها كالرهونة عندهم بمقتهم والمرهون لا يصح رهنه وبأن التركة ملك للورثة فلا يصح رهن ملك الغير بغير إذنه فعلى التعليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للورثة (ومنها) نساء التركة فإن قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنساء كالأصل وإن قلنا ينتقل إليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنساء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة النماء (ومنها) لو مات رجل عليه دين وله مال زكوى فهل يتبدىء الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة إليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجري في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل انبنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فإن قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة انبنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكيتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب ها هنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام أصحابنا أن تعلق الدين بالمال مانع وسند كره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فأتاه صورتان . أحدهما أن يموت قبل أن يثمر ثم اثمرت قبل الوفاء فينبى على أن الدين هل يتعلق بالنماء أم لا ؟ فإن قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لا ينتقل فلا زكاة عليه الا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه . الصورة الثانية أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلق الدين بالثمرة ثم أن كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن تقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وإن كان قبل وقت الوجوب فإن قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين ولا سيما ان قلنا إنه في ذمتهم وإن قلنا لا تنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف (ومنها) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فإن قلنا لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وإن قلنا ينتقل ففطرتهم على الورثة (ومنها) لو كانت التركة حيواناً فإن قلنا لا ينتقل الى الورثة فالفنقة عليهم والأفن التركة كذوته وكذلك مؤنة المسالك كأجرة المخزن ونحوه (ومنها) لو مات المدين ولمشتقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة ان قلنا لا ينتقل اليهم فلهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دينه فإن قلنا لا ينتقل فلا شفعة للوارث لان البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وإن قيل بعده فله الشفعة لان المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته (ومنها) لو وطئ الوارث الجارية الموروثة والدين يستغرق فأولدها فإن قلنا هي ملكه فلا حد ويلزمه قيمتها يوفي منها الدين كما لو وطئ الراهن وإن قلنا ليست ملكه فلا حد أيضاً لشبهة الملك فانه يملكها بالفسك فكيف يملكها كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين ذكره أبو الخطاب في انتصاره فائدة الخلاف حينئذ وجوب المهر (ومنها) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها ان مات أبي فأنت طالق وقال أبوه ان مات فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين فتركة فلا تلت للميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضي في المجرى نعم وعلل بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل لا تطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يدبرها الاثب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وإن قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بني علي ماسبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه في القواعد (ومنها) لو أقر شخص فقال له في ميراثه ألف فالمشهور انه متناقض في اقراره وفي التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا ان الدين لا يمنع الميراث فهو كما لو قال له في هذه التركة ألف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فإذا قلنا يمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف (ومنها) لو مات وترك ابنتين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحد الابنتين وترك ابناً ثم أبرأ الغريم الورثة فذكر القاضي انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه من أبيه وذكره في موضع إجماعاً وعلله في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا جهلهم منه انه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب لانه هو الباقي من الورثة وابن الابن ليس

يوارث معه والتركه لم تنتقل إلى أبيه وإنما انتقلت بعد موته وبشهاد هذا ما ذكره صاحب المحرر في الوصية إذا مات الموصى له وقبل وارثه فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا بذلك الوصية من حين القبول (ومنها) رجوع بائع المفسد في عين ماله بعد موت المفسد ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه على الإمام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لاسيما والحق هنا متعلق في الحياة فعلقاً متأكداً ومن المذهب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المورث من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء كغريم المفسد حكاهما القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه للغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لغرمائه اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفىكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا استحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفىهم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخرونه في الباقي ماشاءوا قال بعض شيوخنا تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل قال وإن قلنا تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أقس بالمذهب وتوجيه ما قال أن حق الغرماء في عين التركة دون ذمة الورثة فإذا اسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفىهم الورثة بقية حقوقهم فهو إسقاط بمعوض غير لازم للوارث فإن قيل بانتقال التركة إلى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بمعوض يلزمه له في ذمته وأن قيل بعدم الانتقال فهو شبيه بتملكه ألفاً بالدين إلى أجل وإن لم يكن تملكاً مع أن قول أحمد لا خير فيه ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل الكراهة قوله ويؤخرونه في الباقي ماشاءوا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركة صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به ومتى كان الدين في ذم الورثة قوى الجواز لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركة إليهم فيبقى كالمفسد إذا طلب من غرمائه الامهال واسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفىهم إياها كاملة إلى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عبد الله في رجل مات وخلف وديعة عند رجل ولم يوص إليه بشيء وخلف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين جميعاً يعلمون أنه مودع ويخاف تبعثهم أن يرجعوا عليه ليخلفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم ونقل صالح نحوه وهذا يدل على أن الغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركة ملك للورثة ولم الوفاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركة ملك لهم فلمهم ولاية الطلب والقبض وإن قلنا ليست ملكاً لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ محمد الدين عندى أن نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء متعلق حقوقهم بالتركة كلهم والجاني فلا يجوز الدفع إلى بعضهم قال وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم ولعله أراد إذا

وثق بتوفيتهم الدين (انتهى) ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وإن قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصى عند عدمه أيضاً في إيفائه الديون وغيرها عند طائفة من الأصحاب فالتوجه هو الدفع إلى الورثة والفرما جميعهم ولا يملكون الدفع إلى الفرما بانفرادهم بكل حال وقد نص أحمد في رواية منها فيمن عنده ودبة وصي بها ربهما لرجل ثم مات أن المودع لا يدفعها إلى الموصى له فإن فعل ضمن ولكن يجمع الورثة والموصى له فإن أجازوا والدفع اليهم جميعاً ولمل هذا فيما إذا لم يثبت الوصية في الظاهر وإنما المودع يدعى ذلك أو أنها لا تخرج من الثلث وكذلك قال أن أجازوا لغير الورثة والا فالعين الموصى بها إذا خرجت من الثلث لاحق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر أن من عليه دين يوصى به لمعين فهو مخير أن شاء دفعه إلى الموصى وإن شاء دفعه إلى الموصى له بخلاف الوصية المطلقة فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الوارث والموصي جميعاً لأنها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين يثبت وعلى الميت دين فقضا ربه عنه أنه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لاحق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ - [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان ينبغي عليهما فوائد كثيرة : (منها) لو قتل المدير سيده هل يعتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين أن قلنا هو عتق بصفة عتق وإن قلنا وصية لم يعتق لأن المذهب أن الموصى له إذا قتل الموصى بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره والثانية أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه (ومنها) بيع المدير وهبته والمذهب الجواز لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لأنه وصية ونقل حنبلي أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كاستيلاء (ومنها) إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناهما الخرق والأصحاب على هذا الأصل فإن قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وإن قلنا عتق فلا للقاضي وأبي الخطاب في تعليقهم طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا أنه وصية لأنها وصية نتجت بالموت من غير قبول بخلاف بقية الوصايا وهو منتقض بالوصية لجهاً البر ولا في الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع أما أن قلنا يتمتع الرجوع بالفعل فالقول أولى (ومنها) لو باع المدير ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والإكثرون على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية بطلت بخروجه

عن ملكه ولم يعمد نفوذه وان قلنا هو تعليق بصفة عاد بعود الملك بناء على أصلنا في عود للصفة بعود الملك في العتق والطلاق وطريقة الخرق وطائفة من الأصحاب أن التدبير بعود بعود الملك هاهنا رواية واحدة بخلاف ما اذا أبطل تديره بالقول وهو يتنزل على أحد أمرين أما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود بعوده واما ان هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبدى فلان حر بعد موتى بسنة فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك ؟ على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا الاصل فان قلنا التدبير وصية صح تقيدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وان قلنا عتق بصفة لم يصح ذلك وهؤلاء قالوا لو صرح بالتعليق فقال ان دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يعتق رواية واحدة وهى طريقة ابن عقيل في اشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبني على هذا الاصل فان التدبير والتعليق بالصفة إنما يبطل بالموت مع الاطلاق لأن مقتضى الاطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتتفقد به ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تديراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لو كاتب مدبرة فهل يكون رجوعاً عن التدبير ان قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وان قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدبر ليست رجوعاً عن تديره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى ببنيه ثم دبره فبنيه وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثاني ليس برجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تديره بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المغنى وقال الشيخ تقي الدين يبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية فان قلنا هو عتق بصفة قدم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في هذا البعد فينبى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقا هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على روايتين فان قلنا بالخاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص (انتهى) وقد يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وان قيل يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعته (ومنها) الوصية بالمدبر والمذهب أنها لا تصح ذكره القاضى وأبو الخطاب في خلافيهما لان التدبير الطارىء اذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له وبني الشيخ هذه المسائل ايضا على الاصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه ينبع في التدبير كما ولدته بملته سواء كان موجودا حال التعليق أو العتق أو حادثا بينهما وحكى القاضى في كتاب الروايتين في تبعية الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاد ومن هنا قل أبو الخطاب في اتصا

تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجها أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجودا معها في أحدهما من حكم ولد الملق عتقها بصفة بناءً على أن التدبير تعليق بصفة فينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجودا في أحد الحالين فهل يتبعها على وجهين بناءً على أن المدبر وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الأصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالمنصوص عن أحمد أنه ليس يرجوع وقال الأصحاب إن قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعا وإن قلنا هو وصية فوجهان بناءً على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا .

١٤ - [الرابعة عشر] نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لملها في المسألة روايتان مشهورتان أحدهما أنها للحمل وهي اختيار الخرق وأبي بكر ، وبنى عليهما فوائد . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيقا ، فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة المبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعا وفي الهداية نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد وإن قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فنفته على مالكه . (ومنها) إذا كان الزوج معسرا فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت عليه وإن قلنا للحمل لم تجب عليه لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة إن قلنا هي للحمل لزم الورثة وإن قلنا هي للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل ثبتت النفقة في ذمته فيه طريقان . أحدهما إن قلنا هي للزوجة ثبتت في ذمته ولم تسقط بمضى الزمان على المشهور من المذهب وإن قلنا : هي للحمل سقطت لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة والثاني لا تسقط بمضى الزمان على الروایتين وهي طريقة المغنى وعلل بأنها مصروفة الى الزوج ويتعلق حقها بها فهي كنفقتها . ويشهد له قول الأصحاب لو لم ينفق عليها بظننا حائلا ثم تبين أنها حامل لزم نفقة الماضى [(ومنها) إذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جمل النفقة عوضا للخلع . قال الشيرازي : إن قلنا النفقة لها تصح وإن قلنا للحمل لم تصح لأنها لم تملكها . وقال القاضى والا كثرون : يصح على الروایتين لأنها مصروفة اليها وهي المنتفعة بها] (ومنها) لو نشرت الزوجة حاملا فإن قلنا نفقة الحمل لها سقطت بالنشوز وإن قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبه أو نكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطء إن قلنا النفقة لها لم تجب لأن النفقة لا تجب للوطء بشبهة ولا في نكاح فاسد لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها إلا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصينا لما فيه يلزمها ذلك ذكره في المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين . وإن قلنا : النفقة للحمل وجبت لأن النسب لاحق بهذا الواطء ونص أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النفقة لها وقال الشيخ تقي الدين يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب

لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد ولو ألزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته فللزواج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساد ذكره القاضي في المجرد وذكر صاحب المغنى احتمالا بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز ما لم يخالف كتابا أو اجماعا وذكر في المغنى أيضا انه لو انفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساد كان متبرعا وان لم يعلم فهو مفطر (ومنها) لو كان الحمل موسرا بأن يوصى له بشيء فيقبله الاب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لأمه لم تسقط ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو دفع اليها النفقة فتلفت بغير تفريط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدنها وان قلنا للحمل وجب إبدالها لان ذلك حكم نفقة الاقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقة؟ ان قلنا النفقة لها لم تجب الا حيث تجب نفقة العتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل ففطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكنى أيضا وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملا وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على هذا الا انه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من التركة كما لو كان الاب حيا وان قلنا للمرأة لم تجب وهذا لا يصح لان نفقة الاقارب لا تجب بعد الموت والاظهر ان الامر بالعكس وهو ان قلنا للحمل لم تجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل. هل له حكم أم لا؟ (ومنها) البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملا فلها النفقة وحكي الحلواني وإبنيه رواية أنه لا نفقة لها كالتوفى عنها وخصها إبنيه بالمتوتة بالثلاث وبناها على أن النفقة للمرأة والمتوتة لا تستحق نفقة وإنما تستحق النفقة إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه في القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والاجماع فيما أظن ووجوب النفقة للمتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل (ومنها) لو تزوج امرأة على أنها حرة فبان أمه وهو ممن يباح له نكاح الأيماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه ففي كتاب النكاح من المجرد هو النكاح الفاسد ان قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح فيلزم فيه النفقة وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حل يمكن أن يكون من الزوج والواطئ فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطئ فأما نفقتها في مدة هذه العدة فان قلنا النفقة للحمل فإيهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما بقينا ولا نعلم حينه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها (عليه) فلا يجب بالشك فإذا وضعته فقد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمهما جميعا النفقة حتى ينكشف الأب منهما وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء الفاسد لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعا ثم إذا زال الاشكال والحقته القافة بأحدهما بعينه عمل بمقتضى ذلك فإن كان معها وفق حقها من النفقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائنا فالحكم كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المجرد. ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا النفقة للحمل إنها يجب على من خرجت عليه القرعة من الزوج والوطأ وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما ليوحجه إلا أن يقال يحتمل أن يكون منهما جميعا فتتمتع القرعة على أحدهما لذلك ومتى ثبت نسبه من أحدهما فقال القاضي في موضع من المجرد يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعا وقبده في موضع آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فإن شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فعلي روايتين كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى في القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقا لأنه واجب عليه في الظاهر وقد ذكر صاحب المغنى أن الملاءنة لو أنفقت على الولد ثم استأنقته المسالعة رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظنهما أنه لا أب له وأما إذا قلنا النفقة للحامل فإنا لم نوجب لها النفقة على واحد منهما لأن الحامل لا نفقة لها على الوطأ بشبهة أو في نكاح فاسد كما سبق والزواج ليس يتمكن من الاستمتاع بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حلت في مدة من شبهة أنقضت عدة الزوج من مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها على وجهين وجزم القاضي في خلافه بالمنع ورجع صاحب المغنى الجواز على الوجهين لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء كانت مكنت من الوطء أو لا فإنه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها.

١٥ [الخامسة عشرة] القتل العمد هل موجه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغنى عنه.

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول ملكه بل هو باق عليه كاللستمر على عصمته وأثانية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته مرتدا والثانية من حين رده فان أسلم أعيد إليه ماله ملكا جديدا وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وفيه

رواية ثالثة أنا تبين بموته مرتدا زوال ملكه من حين الردة ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فان قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بغير تردد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكى ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال واختارها ابن عقيل وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل اردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد المعسر ثم أيسر في زمن ارتداده ثم عاد إلى الإسلام وقد أعسر فان قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وإن قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار ينبنى على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإلزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة وإن قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفذت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض بالخوف وإنما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتداً وإن قلنا يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم رد إليه ملكاً جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فان أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها (تنبيه) إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف لغيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الاقرار على النكاح وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقصا مشفوعا في الردة فان قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والا فلا ولو بيع في زمن رده شقص فجعل في تركته فان قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والا فلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة فان قلنا ملكه باق ملك ذلك وإن قلنا زال ملكه لم يملكه فان عاد إلى الإسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان مذكوران في المغنى (ومنها) الوصية له وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه وبقائه فان قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذي اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك وإن قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله فيء ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فان قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعى أنفق عليهم من ماله مدة الردة ، وإن قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملكه (ومنها) قضاء

ديونه وهو كالنفقة فيقضي ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة وتقضى منه الديون الماضية فانه إنما يكون فيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقي فيئاً (ومنها) لو دير عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد الى الاسلام فان قلنا لا يزول ملكه فالتدبير بحاله وان قلنا زال ملكه انبنى على أن زوال الملك عن المدير هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى بطلان تدبيره .

١٧ [السابعة عشرة] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبى الخطاب في انتصاره أنهم لا يملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته وصحح فيها عدم الملك وقال الشيخ تقي الدين أن أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائد : (منها) أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً بغير عوض وان وجده بعد القسمة فالتصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط حقه منه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به مجاناً بكل حال وقد قال أحمد في رواية أبى طالب هذا هو القياس لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عر قال لا حق له فيه (ومنها) اذا قلنا يملكون أموال المسلمين فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فانه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لا يملكوها فقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كاللحظة ذكره صاحب المغني وغيره وأما ما عرف ماله من المسلمين فانه لا يجوز قسمته بل يرد اليه على القولين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبى داود فيما اذا كان ماله بالتقرب (ومنها) إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد وقال في رواية أبى طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا ينزل على القول بالملك فان قيل لا يملكونها فهي لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب في انتصاره ونفى صاحب المغني الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فانه لم يقف على الانتصار . ولعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر باسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فهذا تملك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الاول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع الى كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقون جوازه فانه يستقر لهم بالاسلام كالعقود الفاسدة والانكحة والموارث وغيرها ولهذا لا يضمون ما أتلفوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) لو كان لسلم أمتان أختان فأبقت احدهما إلى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أختها وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم الآبقة بعق أو نحوه لانه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد اليه بعد حول أو أحوال فإن قلنا ملكوه فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف وإن قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المفصوب والضائع من ربه (ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار فإن قلنا ملكوه لم يعتق وإلا عتق (ومنها) لو سبى الكفار أمة مزوجة بمسلم فإن قلنا يملكونها فالقياس أنه يفسخ النكاح لأنهم يملكون رقبتها ومنافعها فيدخل فيه منفعة بضعها فيفسخ نكاح زوجها كما يفسخ نكاح الكافرة المسيية لسبينا لها لهذا المعنى . ومن الأصحاب من علل انفساخ الكافرة المسيية بالجهل ببقاء زوجها فيكون كالمدوم وعلى هذا يمنع انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبى بكل حال وهو قول شاذ مخالف الكتاب والسنة . والعين المؤجرة كالامة المزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا يفسخ النكاح بسببها لأنهم لا يملكون الحرة بالسبى فلا يملكون بضعها وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد إذا سببت المرأة ولها زوج ثم استنقذت تعود الى زوجها إن شاءت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبى ووجهه أن منافع الحرة في حكم الأموال ولهذا تضمن بالفصص على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيما والاستيلاء بسبب قوى يملك به مالا يملك بالعقود الاختيارية ولهذا يملكون به المصاحف والرقيق المسلم ويملكون به كالم ولد على رواية فجاز أن يملكوا به . منفعة بضع الحرة ولا يلزم من ذلك اباحة وطئها لهم لأن تصرفهم فى أموال المسلمين لا يباح لهم وإن قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجبوراً مستأجراً المسلم انفسخت الاجارة أيضاً . وقد تأول الأمدى قول أحمد ترجع اليه ان شاءت على أن المراد ان شاءت ترجع اليه فى العدة فى من وطء أهل الحرب وان شاءت اعتدت فى موضع آخر لان العدة ليست بحق له وإنما هى حق عليها لزمها فى غير جهته ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه (ومنها) لو استولى الكفار على مديبر لمسلم ثم عاد الى سيده فهل يبطل تدبيره؟ ان قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وإن قلنا ملكوه انبنى على أن المديبر اذا زال الملك فيه فهل يبطل التدبير أم لا على روايتين وحزم ابن أبى موسى يبطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لانه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك الموهون لان الملك ينتقل فيه بالارث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد بل بالحيازة الى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك فى دار الاسلام وعلى الرواية الاخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالمستولى عليه اما أن يكون

عقاراً فلا يتصور استيلاءهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الاسلام أيضاً واما أن يكون منقولاً فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار لأن العقار يختص بدار الاسلام والكافر ملتجئ اليها ومستند ومتحصن بها وليس من اهلها بالأصالة فهو كالمستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من احياء الموات في دار الاسلام على قول مع أنه زيادة عمارة وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وإبطال حقه منه بمدايقه اليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله وإذا لقيتموهم في طريق فاء طرهم الى أضيقة مع أني لم أر أحداً استدلى به وقد استدلى أحمد بالحديث الطريق وبالأمر باخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التمليك المنصوص عن أحمد؟ وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا قال القاضي في خلافه لا يملك بدون احتياز الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبغي على هذا الخلاف فوائد عديدة (منها) جريانه في حول الزكاة فإن كانت الغنيمة أجنبياً لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان أحدهما ينعقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني لا ينعقد بدون القسمة قاله القاضي في خلافه وحكاة عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد لأن أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانعقد الحول عليها باختيار التملك دون القسمة إذ القسمة مجردة لا يفيد الملك عند القاضي وإنما مأخذ أبي بكر أن استحقاق الغنائم ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لا يتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينعقد عليها الحول قبيلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الغنائم رقيقاً من المغنم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك عتق إن كان بقدر حقه وإن كان حقه دونه فهو كمن أعتق شقصاً من عبد نص عليه في رواية المروذي وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضي في المجرد وقال في الخلاف لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً ووافقه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المحرر المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً وقول القاضي فيما إذا كانت أجنبياً كما سبق في الزكاة وفي الارشاد لابن أبي موسى أن أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فإن حصلت له

بعد ذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبي من يعتق عليه بالملك عتق عليه ان كان بقدر حصته والا عتق منه بقدر حصته فكأنه جملة عتقا قهريا كالارث ووفرقت بينه وبين العتق الاختياري (ومنها) لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة فالمنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها وقال القاضي في خلافه لا تصير مستولدة له وإنما يتعين حقه فيها لان حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على اهل الغنيمة فوجب تسليمها اليه من حقه وهذا بعيد جداً . ولا في الخطاب في اتصاره طريقة أخرى وهي أنه انما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها وان لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاذ الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ما ذكره صاحب المحرر وحكي في تعليقه على الهداية احتمالا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أئلف أحد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فان قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونص عليه أحد في الاستيلاذ وان قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغانم حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبني على الخلاف فان قلنا بملكها لم يسقط الحق بذلك والاسقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه والثاني يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحد من قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك وجعل المورث هو الحق دون المال وفي الترغيب ان قلنا لا يملك بدون الاحتياز فن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكفي بالمطالبة في ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة فان قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادة أحد الشريكين للآخر وان قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملكوا لانها شهادة تيمر نفعا قلت هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المغنم وذكر في مسألة السرقة من بيت المال والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هي افراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهي مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا يقرر عليه افراز لا بيع وذهب ابن بطة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدى روايتين قال الشيخ محمد الدين الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافرأ في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلاق عن الوقف اذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلاق وان كان في جهة صاحب الطلاق لم يميز ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة : (منها) لو كان بينهما ما شبة مشتركة فاقتسمها في أثناء الحول واستد اما خلطة الأوصاف فان قلنا القسمة

افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الايجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التي حكاهما في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر أو الزرع المشتمل في سنبله خرصاً أو الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا هي إفراز جاز ونص عليه أحمد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص وإن قلنا بيع لم يصح وفي الترغيب إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض العقار وقفا وبعضه طلقاً وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هي افراز وإن قلنا بيع لم يجوز لأنه يبيع للوقف فأما إن كان الكل وقفا فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كإفراز الطلق من الوقف سواء وهو المجرى به في المهر . والثاني أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة الترغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لأعلى جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقي الدين (ومنها) قسمة المهر ونكاح أو نصفه مشاعاً إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع لم يصح ولو استقر بها المهرين فإن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصة شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه على القول بالافراز قل صاحب المغنى يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبني أحدهما في نصيبه ونرس ثم استحدثت الأرض يقع غرسه وبنائه فإن قلنا هي افراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا بيع عليه بقيمة القبض إذا كان عالمياً بالحال دونه ذكره في المغنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما يبنى على الخلاف وإن قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وإن قلنا بيع ثبت وهو المذكور في الفصول والتلخيص وفيه ما يوم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثاني يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى في خلافه معللاً بأن ذلك جعل للارتياح فيما فيه الخط وهذا المعنى موجود في القسمة . وقال الشيخ تقي الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضي افراز لأن قسمة الاجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها إذ في كل لحظة يملك الاجبار فلا يقع ثبوت الخيار في فسخا وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة فينبغى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسخا كان للآخر مطالبته بإعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فانه قد يتصرف فيما حصل له ولغيره فإذا انقضت

القسمة تقرر بذلك ولم يحصل له الانتفاع ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره
القاضي في خلافه في المعنيين بالنفقة إذا طلق الحاكم عليه رجماً ثم ارتجع من غير يسار تحدّد له أنه لا يصح
رجعه لما فيه من إعادة الضرر الذي أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل في عمد الأدلة وصاحب المغنى له
الرجعة فإذا ارتجع عادت المطالبة له فان طلق عليه حتى يستوفى الطلاق الثلاث وأخذ ابن عقيل من المولى
عليه إذا طلق في أثناء المدة بعد طلب الفينة طلاقاً رجماً فان له رجعتها ويطالب بالفينة ثانياً والقاضي يفرق
بينهما بأن رجعة المولى أقرب الى حصول مقصود المرأة من الفينة من حال العدة الجارية إلى البيئونة بخلاف
رجعة المهر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكن من فسخ قسمة الإجماع هنا لأن الضرر في
الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فإنه يكون لانهايه له وذكر الشيخ
تقي الدين ان المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يفى . لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله
لمن أراد الإصلاح فكيف بالمولى الذي يظهر منه قصد الاضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفينة
لأن ارتجاعه زيادة في الاضرار وذكر في الكافي في هذه المسألة أنهما ان اقتسما بأنفسهما لم يلزم القسمة
إلا بتراضيهما وتفرقهما كالبيع وان قسم بينهما الحاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصّفاه بينهما لزم قسمته
بغير رضاهما إلا أن يكون فيهما فوجهان نظراً الى أنها بيع فيقف على الرضاء والى ان المقاسم كالحاكم وقرعته
كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت والا
ثبت وهو ما ذكره السامري في باب الربا والثاني لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضي وصاحب
الحرر لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر ثبت للآخر عليه فيتنايان ومنها قسمة المتشاركين في الهدى
والأضاحي اللحم فان قلنا افراز جازت وإن قلنا بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف
لا يبيع قساصم فان قلنا القسمة بيع حثث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الأيمان محمولة على العرف
ولا تسمى القسمة بيعاً في العرف فلا يحنث بها ولا بالحوالة ولا بالافالة وإن قيل هي بيع (ومنها) لو اقتسم
الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فان قلنا هي افراز فالقسمة باقية على الصحة وإن قلنا بيع
فوجهان بناء على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر في القسمة غبن فاحش
فان قلنا هي افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وان قلنا بيع صحته وثبت فيها خيار الغبن ذكره في الترغيب
والبلغة (ومنها) لو اقتسما داراً نصفين ظهر بعضها مستحقاً فان قلنا القسمة افراز انتقضت القسمة لفساد
الافراز وإن قلنا بيع لم ينتقض ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق كما اذا قلنا بذلك في فريق الصفقة
كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً ذكره الآدمي وفي الحرر ان كان المستحق معيناً وهو في الحصتين
فالقسمة بجعلها ولم يحك خلافاً وذكر صاحب الكافي احتمالاً بالطلان بناء على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق مميئاً في إحدى الحصتين أو شائئاً فيهما أو في أحدهما فثلاثة أوجه في المحرر أحدها تبطل والثاني لا تبطل والثالث تبطل بالإشاعة في أحدهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة قال الشيخ محمد الدين والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفقة في المبيع فأما إن قلنا لا تفريق هناك بطلت هاهنا وجهها واحداً وفي البلغة إذا ظهر بمحض حصّة أحدهما مستحقاً انتقضت القسمة وإن ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان مميئاً لم ينتقض وإذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجهالة وإن عللناه باشتغالها على مالا يجوز بطلت وإن كان المستحق مشاعاً انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لها السكنى فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انتضاء المدة من خير إضرار بها بأن يملأوا الحدود بخط أو نحوه بغير نص ولا بناء في المغنى يجوز ذلك ولم يبنه على الخلاف في القسمة مع أنه قال لا يصح بيع المسكن في هذه الحال لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً وهذا يدل على أن هذا يفتقر في القسمة على الوجهين ويحتمل أن يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذم الغرماء فإن قلنا القسمة إفراز صحت وإن قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين وهذا البناء متوجه على طريقه من طرد الخلاف في قسمة التراضي كالشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الاجبار في قسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملاة لأن الذم عندنا تنكافأ بدليل الاجبار على قبول الحوالة على الملى وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً فإن كان في ذمة واحد لم تصح قسمته رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ محمد الدين ويشهد لقوله أن القاضي في خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه وفرق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بآثر ونحوه فلا يختص وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص في روايته على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة وسلك صاحب المغنى في توجيه الروايتين في المسألة طريقة ثانية وهي أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالأبراء فإن قلنا هو قسمة لم يجز لأحدهما الانفراد بأقبض فإن أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القابض لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثاني لا يصح وهو قول أبي بكر لأن حق الشريك في الذمة لا في عين المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان وفيه ضعف فإن الأعيان هي متعاق حقه وكذلك يتعلق حقوق غرماء المفلس بماله وإن قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين إلا بقبض الغريم أو وكيله فقبض الشريك تعيين لحقه لا غير فيختص به دون شريكه سواء كان بأذن الشريك

أو بدونه وكذلك حكى صاحب المغني هذه الرواية وذكر عن أحمد ما يدل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فانما قبض حقه المختص به لكن ليس له القبض دون شريكه لاشتراكهما في أصل الاستحقاق كقرماء المفلس فإذا قبض بدين اذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الاعيان المشتركة بدون قسمة كالوارث أو من الاعيان المتعلقة بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقباض ولهذا لو أتلّف في يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الاعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض باذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض باذنه فهل له محاصه فيه على وجهين لأن حقه في المحاصة انما ثبت بعد القبض فهو كاسقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة في الاعيان تقع في المحاسبة والأقوال في المنصوص فكذا في الديون وأما ان كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة وحكاها عن ابن عباس وقال لا يكون الا في الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده وعلى ما ذكره الشيخ تقى الدين قد يطرّد فيها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلّى مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون اذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد والوجهان على قولنا القسمة افراز فان قلنا هي بيع لم يحز وجهاً واحداً فاما غير المثلّى فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولى والحاكم (ومنها) لو اقتسما داراً لفصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغني والمحرم تبطل القسمة وخرج صاحب المغني فيه وجهاً آخر انها تصح ويشتركان في الطريق من نص أحمد على اشتراكهما في مسيل الماء وتذكرنا ذلك فيما سبق في القواعد ويتوجه أن يقال ان قلنا القسمة افراز بطالت وإن قلنا بيع صح ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الاصحاب اذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقاً صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط عليه الاستطراق في القسمة صح قال التميمي وجد الدين هذا قياس مذهبنا في جواز بيع المر (ومنها) لو حاف لايأكل مما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحنث بالأكّل منه فقاما ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الآمدي أنه لا يحنث لأن القسمة افراز

حق لا يبيع وهذا يقتضي أنه يحتمل إذا قلنا هي بيع وقال القاضي قياس المذهب أنه يحتمل مطلقاً لأن القسمة لا تخرج عن أن يكون زيدا اشتراه ويحتمل عند أصحابنا باكل ما اشتراه زيد ولو انتقل الملك عنه إلى غيره وفي المعنى احتمال لا يحتمل هنا وعليه يتخرج أنه لا يحتمل إذا قلنا القسمة بيع. ونختتم هذه الفوائد بذكر فائدتين بل قاعدتين يكثرد كرههما في مسائل الفقه وانتشر فروعهما انتشاراً كثيراً ونذكر ضوابطهما وأقسامهما

٢٠ — [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقب على إجازته أم لا ويعبر عنها بتصريف الفيزولي وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو يجه ويتعذر امتدانه أما للجهل بعينه أو لغيره ومشقة انتظاره فهذا التصرف مباح جائز وموقوف على الإجازة وهو في الأموال غير مختلف فيه في المذهب وغير محتاج إلى إذن الحاكم على الصحيح وفي الإبضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضاً وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف فاما الأموال فكالتصرف باللقطة التي لا تملك وكان صدق بالودائع والغصب التي لا تعرف ربها أو انقاع خبره وقد سبق في القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفاً فإن أجازته المالك وقم له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضي الله عنهم وأما الإبضاع فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهراً الهلاك فإن امرأته تترصر أربع سنين ثم تهتد وتباح للزواج وفي توقف ذلك على الحاكم روايتان واختلاف في مأخذها قليل لأن أمارات موته ظاهرة فهو كالميت حكماً وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فيسبح نكاحه كما لو صارها بالغية وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبغي أن الفرقة هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبنى الاختلاف في طلاق المولى لها وله مأخذ ثالث وهو الاظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف في حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ وبزوجها بغيره ابتداء للحاجة فإن لم يظهر فالأمر على ما هو عليه وإن ظهر فإن ذلك موقوف على إجازته فإذا قدم فإن شاء أمضاه وإن شاء رده. والقسم الثاني أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بأن تطول مدة التصرف وتكثر ويتدد استرداد أعيان أمواله مما لا صواب فيه طريقان أشهرهما أنه على الخلاف الآتي ذكره والثاني أنه ينفذها هنا بدون إجازة دفعا لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التلخيص في باب المضاربة وصاحب المغنى في موضع منه والقسم الثالث أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دوماً فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على إجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتان (أحدهما) أن يتصرف فيه للمالك فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والإجارة ونحوهما . وأما في النكاح فلا أصحاب فيه طريقان أحدهما اجراؤه على الخلاف وهو ما قال القاضي والآخر كثرون والثاني الجزم ببطلانه قولاً واحداً وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى ونص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي لم ينفذ بغير خلاف كما لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنهما أو زوج الولي الكبيرة بدون إذنهما فهل يبطل من أصله أو يقف على إجازتهما على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى (الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك فاما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكمية روايتين أحدهما البطلان والثانية الصحة قال وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والإجارة والنكاح وعلى ذلك جماعة من بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الإجازة ومنهم من قيدها كالقاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى في موضع من كلامهما فإن أريد بالصحة من غير وقف على الإجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثاني في القسم الثاني الذي سبق ذكره وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة ففاسد قطعاً في صورة شراؤه في الذمة إذا نفذ المال من المغصوب فإن المالك ثبت له فيها نص عليه في رواية المروذي ولا ينافي ذلك قولنا إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل المالك لغيره صرح به القاضي في خلافه ومن فروع ذلك في العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالمشهور أنه يقع باطلاً وحكى عن أحمد أنه إن أجاز له المالك أجزأته والأفلا (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال فإنه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً لعدم نسبته إليه ذكره ابن عقيل في فنونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجحه بعض شيوخنا هذا الذي تولد من مال اكتسبه فيؤجر وإن لم يقصده كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً وعلى عمل ولده الصالح وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة فذبحها لمتعة أو قرانه مثلاً فإنه لا يجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد لأن أصل الذبح لم يقع قرينة من الابتداء فلا ينقلب قرينة بعده كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة وحكى الأصحاب رواية موقوفة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزئه وبين أن يظنها لنفسه فتجزئه في رواية ابن القاسم وسندي وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف ولا يصح (ومنها) لو أنكح الأمة المنصوبة وفي وقفه على الأجازة الخلاف وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً ويبعد هاهنا القول بنفوذه مطلقاً بدون أجازة بل هو باطل مخالف لنص السنة ولنصوص أحمد المتكاثرة وأما من يملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره فيجزئه المالك فهو شبيه بتصرف الفضولي المحض فيخرج على الخلاف فيه . ومن صور ذلك ما إذا قال عبد فلان حر في مالي فأجازته المالك فالمنصوص عن أحمد أنه لا ينفذ وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذه بالأجازة ويلزمه ضمائه (القسم الرابع) التصرف للغير في الذمة دون المال بغير ولاية عليه فإن كان بعقد نكاح ففيه الخلاف السابق وإن كان بيع ونحوه مثل أن يشتري في ذمته فطريقان أحدهما أنه غير الخلاف أيضاً قاله القاضي وابن عقيل في موضع وأبو الخطاب في الانتصار . والثاني الجزم بالصحة هاهنا قولاً واحداً ثم إن أجازته المشتري له ملكه والا لزم من اشتراه وهو قول الحزقي والاكثري وقال القاضي في موضع آخر وابن عقيل يصح بغير خلاف لكن هل يلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له على روايتين واختلف الأصحاب هل تفتقر الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا فمنهم من قال لا فرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من قال إن سماه في العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضي وأبو الخطاب في انتصاره في غالب ظني وابن المني (كذا) وهو مفهوم كلام صاحب المحرر (القسم الخامس) التصرف في مال الغير باذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن وهو نوعان أحدهما أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بمائة فباعه بثمانين فإنه يصح . وكذلك لو قال اشترى لي بمائة فاشترى له بثمانين (ومنها) لو قال له بعه بمائة نسيئة فباعه بمائة نقداً فإنه يصح (ومنها) لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فإنه يصح على الصحيح وفيه وجه لا يصح لمخالفته في جنس النقد (ومنها) لو قال بع هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فإنه يصح قال القاضي هو المذهب ثم ذكر احتمالاً أنه يبطل في الثوب بحصته من الشاة لأنه من غير الجنس (ومنها) لو أمر أن يشتري له شاة بدينار فاشترى شاتين بالدينارين تساوى كل واحدة منهما ديناراً فإنه يصح لذلك فإن باع أحدهما بدون إذنه ففيه طريقان . أحدهما أنه يخرج على تصرف الفضولي . والثاني وجهاً واحداً وهو المنصوص عن أحمد لخبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يمتنع أنه صحيح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثاني) أن يقع النجرف مخالفا للاذن على وجه لا يرضى به الاذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفقة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نساء على قولنا بمنعه منه أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه أو يبيع نساء أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم فلاصحاب هاهنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضمنا للمالك وهو اختيار القاضي في خلافه ومن اتبعه في المخالفة في الثمن لان التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانا وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد باصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صمته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه على المنصوص في رواية ابن منصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله في صورة الشراء كصاحب المغنى والسامري ولا فرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أو لأعلى أصح الطريقتين وصرح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الاثرم وابن داود وابن منصور والثاني أنه يبطل العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ما إذا لم يسمه فانه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نساء وبغير نقد البلد فأبطلوه فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقا بان المخالفة في النساء وبغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور . والطريقة الثانية أن في الجميع روايتين أحدهما الصحة والضمان والثانية البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فياخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولي سواء وظاهر كلام الجرجي في الوقف هاهنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله مالم يأذن له في شرائه فانه صرح في البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولي المحض ونص أحمد في رواية عبد الله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشتري له شيئاً فخالفه كان ضامناً فان شاء الذي أعطاه ضمنه وأخذ مادفعه اليه وان شاء أجاز البيع فان كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة الا أنه لم يقيده بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن في البيع بدون ثمن المثل وبغير نقد البلد اذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولي والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان بأي نقد كان نساء على أن

الامر بالمأهية الكفاية ليس أمراً بشيء من جزئياتها والبيع نساء كالبيع بنير نقد البلد وهذه طريقة سلكها القاضى فى المجرى وابن عقيل أيضاً فى موضع آخر وهى بعيدة جداً لمخالفته لمنصوص أحد وكذلك حكم المخالفة فى المهر فلو أذنت المرأة لوليا أن يزوجها بمهر شتمته فزوجها بدونه فانه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحد فى رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فان الاطلاق ينصرف الى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فانه لا يلزم فى عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه فى رواية منها وأما المخالفة فى عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حامد والقاضى والصحة وهو قول أبى بكر ومنصوص أحد والبطلان بمخالفته وكيله والصحة بمخالفة وكيلها وهو قول أبى الخطاب ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فاما مع الاطلاق فيصح الخلع وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضى أحدهما يبطل المسمى ويرجع الى مهر المثل والثانى يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفى مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البناء (القسم السادس) التصرف للغير بمال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففى المجرى يقع باطلاً رواية وحدة ومن الأصحاب من خرج على الخلاف فى تصرف الفضولى وهو أصح لأن العقد يقف على الاجازة ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراضاً للشترى له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد فى ماله فقبله الآخر بعد المجاس وقد نص أحد على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبى طالب والصحيح فى توجيهها أنها من باب وقف العقود على الاجازة وهو مأخذ ابن عقيل وذيره ففى هذا لافرق فى ذلك بين عقد وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فبأنه فقبله فقد أجازته وأهضاه ويصح على هذه الرواية ويرى أبو بكر رواية أخرى أنه لا يصح الا فى مجلس واحد واختارها

٢١ — [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل كلها فى المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق والمسألة صور أحدها أنه يجمع العقدین ما يجوز العقد عليه ولا يجوز بالكلية امام مطلقاً أو فى تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل فى الباقي على الروايتين ولا فرق فى ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بمخالفة عوضه كالبيع ولا يبطل كالنكاح فان النكاح فيه روايتان

منصوحان عن أحد غير أن صاحب المغنى اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبدین
أحدهما منصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالأجراء
كقفيز من صيرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما قالوا فيما إذا باع معلوماً
ومجهولاً أنه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفي التاخييص أن
للبطلان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفقة لا تقبل التجزؤ ولا تقسم والثاني جهالة العوض قال فعلى
الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه
كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم أنه حكى في
تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصحح بهدهما فعلى هذا يصح في قوله يقبل كل واحد بكذا على
المأخذين ثم أنه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة
لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل بمثل ذلك تأثير في
الصحة كما لو شرى المبيع الذي لا يسقط إرشه بعد العتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا
يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فإن البيع يصح في ذلك كله
ويسقط بعض الثمن وهما طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهى تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم
ذكره القاضى وابن عقيل وجهاً في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول فيما إذا باع عبدین
أحدهما له والآخر لغيره أن الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد
جداً ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنسا واحداً . وذكرنا في باب الضمان من كتابيهما طريقة
ثالثة وهى أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن أو يردده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن
يخص هذا بمن كان عالماً بالحال ، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على
بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته
بشيء أن الوصية كلها للحي . ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهى أن كان مما لا يجوز عليه
العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه
الخمر وإن كان قابلاً للصحة ففيه الخلاف . ذكره الأزرعى ولا يثبت ذلك في المذهب . وعلى
القول بالتفريق فاللهشتى الخيار إذا لم يكن عالماً بتبعض الصفقة عليه وله أيضاً الأرض إذا أمسك
بالقسط فيما يتقصر بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغنى في الضمان
الصورة الثانية أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر فهما
حالتان إحداهما أن يمتاز بعض الأفراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل فيه

خلافوا الاظهر صحة ذى المزية (فن أمثلة صور ذلك) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الام من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعت بين حرة وأمة في عقد فقيه روايتان منصوستان إحداهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهى أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهى كالبنات مع الام وأولى للجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعت غير واجد للطول حرة تغفه بافرادها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان . أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهى ظاهر كلام القاضى فى المجرى لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها باختصاص بالصحة . والثانى يصح نكاحهما معا قال القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لأن له فى هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة . والاول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع . أما اذا كان المتزوج عبداً قلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التى تغفه فقيه وجهان . أحدهما أنه كالحر سواء قاله القاضى فى الجامع وصاحب المحرر . والثانى يصح جمعه بينهما فى عقد بغير خلاف و [.] (١) وصاحب المغنى لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة [.] مقارنة نكاحهما وانما يمنع بسبق نكاح الحرة . الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالمشهور البطلان فى الكل اذ ليس بعضها أولى ببعض فى الصحة مثل أن يتزوج أختين فى عقد أو خمساً فى عقد فالذهب البطالان فى الكل نص عليه أحمد فى رواية صالح وأبى الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج أختين فى عقد يختار إحداها وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد . وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجاين وقعا معا أنه يقرع بينهما فن أقرع فهى زوجته ويخرج هنا أمثلة . الصورة الثالثة أن يجمعا فى صفقة شيتين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد فى أحدهما قبل استقراره فانه يختص بالبطلان دون الآخر . قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواماً لا ابتداءً والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض الصنف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفى الباقي روايتان . تفريق الصفقة وهذا تفريق فى الدوام الآن يقال القبض فى الصنف شرط لانعدام العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار يباح بالاصل متأكل مكانه ولم نعث عليه

حيثئذ في الابتداء غير ان القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف تصريحه في المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضى ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة اذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فاذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي يخرج على رواية تفريق الصفقة وهذا تصريح باجراء الخلاف في التفريق في الدوام فان انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فان طرأ ما يقتضى تحريم لأحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضى تحريم الجمع بينهما فان لم يكن لأحدهما مزية بأن صارنا أمأ وبناتا بالارتضاع فروايتان أصحهما يخص الانفساخ بالائتم وحدها اذا لم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كن أسلم على أم وبنات لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنات دون الاثم والله أعلم .

وجد في آخر النسخة مانصه

الحمد لله كثير ابلا اتماء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم تمت القواعد بتجديد مالكمها الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلي غفر الله له ولو الدية ومشايخه في الدين أمين



فهرس كتاب

القول في القواعد

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المنوفى ٧٩٥هـ

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان
خطر لى أن ارتبة (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الاولى ثم التى تليها وهكذا الى
الآخر وكان معنى ذلك ان آتى بملخص القاعدة وفى ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل
المندرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) فى استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما
صنع محبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم. وترددت بين هذا ذاك حتى ظفرت بنسخة
وصلتني من نابلس وفى آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله
البغدادى الحنبلى فأسرعت فى الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما
كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد
للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلى تغمده الله برحمته مطولا، اجتهدت فى جمع مسائله
حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا لا على ترتيب
أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أى القواعد هى فانظر الى
حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة
فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة فى القاعدة المذكورة (١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك فى صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات
فالارقام التى على اليمين تشير الى الصفحات والى اليسار تشير الى القواعد

صفحة قاعدة		باب المياه والآنية	
٢٤١	١٠٩	اشتهاء الآنية النجسة بالطاهرة	
٣٤٤	١٥٩	ثياب الكفار وأوانهم	
٣٤٤	١٥٩	ثياب الصبيان	
صفحة قاعدة			
٣	١	الماء الجاري هل هو كالراكد	
٤	١	لو غمس الإناء النجس في ماء جار	
٤	١	لو انغرس المحدث حدثاً أصغر في ماء جار	
١٦	١٣	إذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب	
		عنه ثم وجد، فتغيرا	
٢٩	٢٢	الماء إذا استهلك فيه النجاسة	
٢٣٠	١٠٣	مكثرة الماء القليل النجس بالماء الكثير	
٢٣٤	١٠٥	لو أخبره بخبر أن كلباً ولغ في أحد	
		هذين الإنائين بعينه	
٣٣٥	١٥٨	إذا وقع في الماء نجاسة وشك في	
		بلوغه قلتين	
٣٣٦	١٥٨	إذا وقع في الماء اليسير روثه وشك	
		هل هي من مأكول أو غيره	
٣٣٦	١٥٨	إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة	
		ثم سقط	
٣٣٩	١٥٩	إخبار الثقة العدل أن كلباً ولغ في	
		هذا الإناء	
٣٤٠	١٥٩	إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء	
		وشك في زوالها	
٣٤٣	١٥٩	إذا سخن الماء بنجاسة	
٣٤٣	١٥٩	لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء	
٣٤٣	١٥٩	إذا وقع في الماء اليسير ما لا نفس له	
		سائلة	
٣٤٣	١٥٩	طين الشوارع	
٤	٢	شعر الحيوان في حكم المنفصل	
٤	٢	الشعر لا ينجس بالموت	
١٩٢	٨٥	جلد الميتة المدبوغ	
صفحة قاعدة			
٢	٢	إذا لمس شعر المرأة بشهوة	
٤	٤	الطهارة سبب وجودها الحدث	
٣٩	٢٩	لو تعدى الخارج من السيلين موضع	
		العادة	
٣٤٢	١٥٩	النوم المستقل ينقض الوضوء	
١٥	١٢	مسح الإذنين	
٤	٢	غسل الشعر في الجنابة	
٥	٣	إذا مسح رأسه كله وقلنا الفرض	
		منه قدر الناصية	
١٠	٨	ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة كغسل	
		المرفقين في الوضوء	
١١	٨	من عجز عن بعض غسل الجنابة	
١٢	٩	الوضوء بالماء المغصوب	
١٢	٩	الوضوء من الماء المحرم	
١٦	١٣	إذا وجد النائم قبل نومه سبباً يقتضي	
		خروج المذي	
١٨	١٤	إذا وجد اثنتان منيا في ثوب يتأمان فيه	
٢٠	١٥	إذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللاً	
٢٣	١٨	من عليه حدثان أصغر وأكبر ونوى	
		الطهارتين	
١٢٠	٦٨	لو توضأ من مشبه ثم تبين أنه طاهر	
١٢٠	٦٨	لو توضأ شاكاً في الحدث	
٢٣١	١٠٣	الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة	
		يقطعه التفريق اليسير	

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
١٥	١٢ اجابة المؤذن	٣٤٨	١٦٠ اذا اجتمع محدثان اكبر واصغر
١٢٥	٧٠ الامر باجابة المؤذن		وعندهما ما يكفى احدهما
٣٤٩	١٦٠ اذا تقاعدا في الاذان	١٠	٧ المتيم اذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء
٣	٣ اذا أدرك الامام في الركوع	٣٠١	١٣٤ وجرد الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة
٤	٤ يجوز تقديم صلاة العصر الى وقت صلاة الظهر	٢٠	١٥ اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى
٤	٤ صلاة الجمعة سببها اليوم	١٢٠	٦٨ لو شك في المسح هل ابتداء في السفر او الحضر
٥	٥ اذا صلى الصبي في الوقت ثم بلغ	٢٤٨	١١٣ قوله عليه السلام اني ادخلتهما وهما طاهرتان
٥	٥ اذا جمع بين الصلاتين في وقت اولهما	٣١٤	١٤٣ اذا مسح على الخف ثم خلمه
٦	٦ اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لاجل العذر ثم زال		باب الحيض
٦	٦ اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى جهة	٢٣٧	١٠٦ الزائد على ما تجلسه المستحاضة
٨	٨ تحريك اللسان في القراءة		من اقل الحيض
٨	٨ المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه	٣٠٣	١٣٦ الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج
٨	٨ العاجز عن القراءة يلزمه القيام	٣٤٢	١٥٩ المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها
٨	٨ من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها		كتاب الصلاة وما يتعلق بها
٨	٨ من عجز عن بعض الفاتحة		يعني من الاحكام وذكر الصلوات الى الجنائز
٩	٩ الصلاة في اوقات النهي	٥٥	٠٢ لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته في الصلاة لكره له لحية تستر
١٠	١٠ التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز الترجمة عنه	١٢	٠٩ الصلاة بالنجاسة وبغير سترة
١٠	١٠ خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية	١٢	٠٩ الصلاة في الثوب المفصوب والحريز
١١	١١ اذا تضايقت وقت المكتوبة هل ينعقد النفل	١٢	٠٩ الصلاة في البقعة المفصوبة
١١	١١ اذا شرع في النفل بعد اقامة الصلاة هل يصح	١٢	٩ صلاة من عليه عمامة حدير
١٢	١٢ الاستفتاح (في الصلاة)	٣٤٩	١٦٠ اذا اجتمع العراة ومعهم ثوب ليس هو لاحد منهم

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
١٥	١٢	سنة الجمعة بعدها	سفر واحد
١٣	١٥	الفاظ الصلاة في التشهد	١٠٨ اذا أقيم في المصر جومتان
٢٢	١٧	اذا تعارض صلاة ركعتين وصلاة اربعة	١٣٣ صلاة التراويح ليلة الغيم
٢٢	١٧	رجل قرأ بتدبر وآخر قرأ سرداً	١٣٣ صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف
٢٢	١٧	رجلان أحدهما ارتاضت نفسه للطاعة	١٤٣ اذا حضر الجمعة أربعون من
٢٤	١٨	والآخر يجاءد نفسه عليها بما أفضل	اهل وجربها
٢٥	١٨	لو أدرك الامام راكعاً فكبر تبيرة	١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام
٢٥	١٨	ينوي بها الاحرام والركوع	الرجال في مواضع
٢٥	١٨	اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة	١٥٨ اذا ادرك الامام فكبر وركع معه
٢٥	١٨	فصل معهم سقطت التحية	وشك هل رفع إمامه
٢٥	١٨	لو سمع سجدتين معا	١٥٨ اذا شك هل ترك واجبا في الصلاة
٢٥	١٨	اذا صلى عقب الطواف مكتوبة هل	الاخبار بدخول وقت الصلاة بعد
٢٥	١٨	تسقط عنه ركعتا الطواف	الفراغ من الصلاة في ترك ركن
٢٥	١٨	إذا أدرك الامام راكعاً فكبر للاحرام	١٥٩ لو صلى ورأى عليه نجاسة وشك هل
٢٥	١٨	اذا اجتمع في يوم عيد وجمعة	لحقته قبل الصلاة
٢٦	١٩	اذا طرأ على المكث ما سقط تكليفه	١٥٩ اذا غلب على ظنه دخول وقت
٢٦	١٩	بعد الوقت وقبل التمكن	الصلاة
٢٦	١٩	اذا وصل غادم الماء الى الماء وقد	١٥٩ اذا شك المصلي في عدد الركعات
٣١	٢٣	ضاق الوقت فعليه أن يتطهرو ويصلي	١٦٠ اذا استوى اثنان في الصفات المرجح
٤٠	٣١	اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد	بها في الامامة
١٠٧	٥٨	فهل يتوقف على إذن السيد	باب الجنائز
١٢٠	٦٨	اذا صلى المسافر خلف مقيم	٨٤ اذا مات الحامل وصلى عليها هل ينوي
١٢٥	٧٠	اذا تعمد المأموم سبق إمامه	الصلاة على حملها
٢٢٩	١٠٠	اذا صلى بظن نفسه محدثاً فتيقن متطهراً	٢٠ اذا يقدم الاخ للابوين على الاخ
٢٣١	١٠٣	النهي عن الكلام والامام يخطب	للأب في الصلاة على الجنازة
	١٠٣	فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي	١٥٣ سؤلة الصلاة على الجنازة
	١٠٣	الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهيا	١٥٩ المقبرة المشكوك بنسبها هل يحكم
	١٠٣	المسافر اذا أقام أربعة أيام فهو	بنسبتها

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٣٤٥	١٥٩	لو وجد في دار الاسلام ميتا
		مجزولا فهل يصلى عليه
٣٤٩	١٦٠	إذا قدم بميتين الى مقبرة للسبيل
		وضاقت وتشاحا
٣٤٩	١٦٠	إذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان
		الواحد أجود وتشاحا
		باب الزكاة
٥	٣	إذا أدى عن خمس من الأبل بعيرا
٥	٣	إذا أخرج سنا أعلى من الواجب
٧	٥	إذا سجل عن أربعة وعشرين من
		الأبل أربع شياه
٨	٥	إذا سجل الزكاة الى فقير فتغير حاله
١١	٨	إذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر
٢٦	١٩	الزكاة إذا تلف المال قبل التمكن
		فعليه الزكاة
٢٧	٢٠	لو كان عنده دون نصاب فكمثل يحتاجه
٢٧	٢٠	لو سجل الزكاة عن تمام النصاب قبل
		وجوده
٣٩	٢٩	لو أدى زكاته الى واحد وقتلنا يجب
		الاداء الى ثلاثة
٤٠	٣٠	إذا سجل الزكاة فدفعها الى فقير ثم
		هلك المال
٤٠	٣٠	لو سجل عن ثلاثين من البقر تبيها
		ثم نتجت
٥٢	٤٠	عروض التجارة إذا خرجت عن
		ملكه بغير اختياره
١٢٠	٦٨	لو كان له مال حاضر وغائب فأدى
		ونوى عن الغائب
		صفحة قاعدة
		هل يكون الرجل مصرفا لزكاته
		إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به
		إذا سجل الزكاة ثم هلك المال وقتلنا
		له الرجوع بها
		إخراج الزكاة عن الحمل
		هل الحق متعلق بجميع النصاب أو
		بمقدار الزكاة
		ومع التعلق بالمال هل يكون ثابتا
		في ذمة المالك
		وهل يمنع من التصرف
		المباح أكله من مال الزكاة
		لو امتنع من أداء الزكاة
		لو تعذر استئذان من وجبت عليه
		الزكاة
		ولى الهب والمجنون يخرج عنهما
		الزكاة
		لو أخرج الجبران في زكاته للأبل
		شاة وعشرة دراهم
		لو أخرج عن أربعةائة من الأبل
		أربع حقا
		لو أخرج في الفطر صاعا من جنسين
		أفار من الزكاة قبل تمام الحول
		إذا ترك العمل في المعدن ثم عاد
		هل يضم
		الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم
		الأخذ من الخمس بأوصاف
		الأخذ من الصدقات المندورة
		المسكن والخادم والمركب ليس
		يمنع من أخذ الزكاة
		لا تمنع المرأة من أخذ الزكاة إذا

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٩٦	١٣٢	أفلس	١٧٨
٣٠٨	١٣٨	القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة	٨٤
٣١٢	١٤١	لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة	١١٦
٣١٤	١٤٣	لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه	١٣٣
٣٢١	١٤٩	المال المستحق لغير معين كالزكاة لا يقف أدائه على مطالبة	١٣٤
٣٢٦	١٥٣	المنع من دفع الزكاة الى الولد	١٥٩
٣٣٦	١٥٨	إذا كان ماله غائباً فإن كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة	١٥٩
٣٣٦	١٨	العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته	١٥٩
		كتاب الصيام	
١١	٨	صيام بعض اليوم إن قدر عليه	٤
١٢	٩	صوم يوم العيد	٦
١٢	٩	صيام أيام التشريق	٩
١٣	١١	صوم رمضان لا يصح فيه أن يصوم عن غيره	١١
٢٧	١٩	إذا بلغ الصبي مفطراً	١٦
٣٧	٢٧	الحامل والمرضع إذا أفطرتا	١٨
٣٧	٢٧	لو نجا غريقاً في رمضان فدخل الماء الى حلقه	١٨
١٠٤	٥٨	إذا أدركه الفجر وهو مجامع	١٩
١٢١	٦٨	إذا نوى ليلة الشك أن كان غداً من رمضان فهو فرضي	٢٣
		كتاب الحج	
		صيام التمتع والقرآن فإن سببه العمرة	٤
		إذا أحج الممضوب عن نفسه	٦
		الحج بالمال الممضوب	٩
		إذا حج تطوعاً قبل حجة الاسلام	١١
		لو حج عن نذره وعليه قضاء	١١
		هدى المتعة إذا عدمه	١٦
		القارن إذا نوى الحج والعمره كفاه طواف واحد	١٨
		لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً واحداً نوى به الزيارة والوداع	١٨
		إذا قدم المعتبر مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة	١٨
		لو أخر طواف الزيارة الى وقت خروجه نطافه هل يسقط عنه طواف الزيارة	١٨
		الحج لا يشترط لوجوبه التمكن	١٩
		حج الزوجة الفرض باذن الزوج	٢٣
		لو حاق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل فده	٢٦

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٦	٢٦	لو وقعت بيضة نعامة في الحرم على عين إنسان فدفعها فاندكسرت	كتاب البيع
٤٠	٣١	إذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه	لو باع أمة له فولدت عند المشتري فادعاه البائع
١٠٤	٥٨	إذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه في الحال	لو اشترى عبدا ورهنها
١٠٦	٥٨	غسل الطيب للحرم	لو اشترى شيئا فاستغله ونما عنده
١٣٣	٧٢	إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه	إذا اشترى عبدا بشرط العتق
٢٢٢	٩٦	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فاطلقه	لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه
٢٢٣	٩٦	إذا اصطاد المحرم صيدا	لو باع المشتري الشقص المشفوع
٢٣١	١٠٣	الطواف إذا تخلله صلاة	لو أمر النمي بهدم بنائه فباعه لمسلم
٢٣٢	١٠٤	أحرم بمثل ما أحرم به فلان	لو مال جداره الى ملك جاره فامر بهدمه فباعه
٢٣٨	١٠٦	إذا أحرم بنسك وأنسيه	لو اشترى عبدا بشرط العتق ثم باعه بالشرط
٢٤٦	١١٢	إذا وجد المحرم صيدا وميته يأكل الميتة	لو باع العبد الجاني لزم افدائه
٢٤٧	١١٦	إذا باع الصبي أو عتق العبد وهما محرمان	لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب
٢٨٨	١٢٧	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد وتمسك من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم	المبيع إذا استثنى البائع منفعة
٢٩٥	١٣٠	المسكن والخدام أو الذي يعود ونفعه	لو باع أمة حاملا لبحر
٢٩٧	١٣٢	على العيال لا يباع في الحج وجوب الحج على القوى المكتسب	لو باعه عقارا يستحق السكى فيه
٣٠١	١٣٤	الرجل يملك منع زوجته من حج النذر	بيع الدار المأجورة
٣١٣	١٤٢	نبات الحرم إذا قطعه	لو اشترى أمة وزوجة
٣١٨	١٤٤	إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والنذر	لو اشترى أمة أو عبدا محرما
٣٤٥	١٥٩	إذا شك في عدد الطواف	البيع الفاسد
			قاعدة كل من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه
			قاعدة القبض في العقود قسمان أحدهما موجب القدر ومقتضاه
			والثاني من تمامه
			قاعدة هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو بدونه

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٧٤	٥١	قاعدة فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة
٧٨	٥٢	قاعدة التصرف في المملوكات قبل قبضها
٨٨	٥٣	بيع الثصاب بعد الحول
٨٨	٥٣	بيع الجاني
٩٠	٥٤	مفارقة أحد المتبايعين الآخر بغير اذنه
٩٠	٥٤	تصرف المشتري في المشفوع بالوقف
٩١	٥٥	إذا باع بشرط الخيار وتصرف
٩٢	٥٥	إذا باع أمة بعبد ووجد بالعبد عيبا
٩٥	٥٦	لو باعه شيئا بشرط أن يرهنه على ثمنه
١٠٢	٥٧	إذا اشترى المريض أباه بثمن لا يملك غيره
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع في مدة الخيار
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع المبيع قبل قبضه
١٠٨	٥٩	إذا تبايعا جارية بعبد ثم وجداهما بما قبضه عيبا
١٠٨	٥٩	إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده
١٠٩	٥٩	إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ
١٠٩	٥٩	إذا اشترى ربويا بجنسه فإن معيبا
١٠٩	٥٩	الاقالة تصح بعد تلف العين
١١٥	٦٣	فسخ المبيع المعيب
١١٦	٦٣	الفسخ بالخيار
١١١	٦٤	لو أذن البائع للمشتري في التصرف في مدة الخيار
١١٧	٦٥	لو باع مال أبيه بغير اذنه ثم بان أنه كان قد مات
٦٥	١١٨	من اشترى آبقا يظن أنه لا يقدر على تحصيله فإن بخلافه
٦٦	١١٨	قاعدة لو تصرف مستند إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه
٦٧	١١٩	باع عينا ثم وهب ثمنها للمشتري ثم بان بها عيب
٦٧	١١٩	لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها
٧٠	١٢٨	شراء الوصي من مال اليتيم
٧٢	١٣٣	لو باع ثوبا بنفقة عبده
٧٥	١٣٧	لو اشترى أسيرا حراما من أهل الحرب
٧٨	١٥٠	لو باع دارا فيها نافذة لم تخرج من الباب إلا بهدمه
٧٨	١٥٠	لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع
٨٠	١٥٧	إذا باعه أرضا وفيها أصول البقل
٨١	١٥٧	المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة
٨٢	١٦٥	النذر والصدقة والوقف إذا لزمت لم يجز لمن أخرجهما أن يشتري من نتائجها
٨٢	١٦٧	المقبوض على السوم إذا ولدت في يد القابض
٨٢	١٦٧	المقبوض بعقد فاسد
٨٢	١٦٨	المبيع في مدة الخيار إذا نما نماء منصلا ثم فسخ البيع
٨٢	١٦٨	نماء المردود بالعيب
٨٣	١٧٤	قاعدة إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة
٨٤	١٧٩	إذا اشترى جارية فبانت حاملا

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
١٨٧	٨٤	٣٤١	١٥٩
١٩١	٨٥	٣٤٩	١٦٠
٢٢٧	٩٩		
٢٢٨	٩٩		
٢٣٣	١٠٤	٣٠	٢٢
٢٤٥	١١٠		
٢٤٨	١١٣	٤٢	٣٣
٢٥٢	١١٣	٤٤	٣٥
٢٦٣	١١٥	١٠٧	٥٩
٢٦٥	١١٦	١٣٤	٧٣
٢٦٩	١١٨		
٣٠١	١٣٥	١٥٧	٨٠
٣١٤	١٤٣	١٥٧	٨٠
٣١٥	١٤٣	١٥٩	٨١
٣١٥	١٤٣	٥٠	٣٨
٣١٦	١٤٤	٥٠	٣٨
٣١٦	١٤٤	١٣٥	٧٣
٣١٧	١٤٤		
٣٢٢	١٥٠	٣٢	٢٣
٣٣٧	١٥٨	٤٧	٣٧
		٤٨	٣٧

صفحة قاعدة

صفحة قاعدة

إذا اختلف المتبايعان يوم العقد

ورود العقد على الحامل إن قلنا
للحمل حكم فهو داخل في العقد

اشتبه عبده بعبده غيره فهل يصح

لوبياع أرضا فيها زرع

بيع عبده المشتبه قبل تمييزه

لا يجوز بيعه

باب بيع الاصول والثمار

بيع رباة مكة وإجارتها لا يجوز

لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى

البراة من عيوب المبيع

احتطت

لو اشترى شيئا فظهر على عيب فيه

لو اشترى شجرا عليه ثمر

مسألة مد عجوة

لو اشترى طاعا لم يؤبر بشرط قطعه

إذا باع رجل عبدين له من رجلين

إذا تلف الثمر في الشجر

بشمن واحد

اشتراط مشترى الزرع حصاده

عقود التملكيات المضافة الى عدد

على البائع

الفسخ بالعيب والخيار

اصول البقل هل يجوز بيعها منفردة

تعليق فسخ البيع بالاقالة

لو اشترى لقطة ظاهرة فتلفت

قاعدة المملك القاصر لا يستباح به

بجائحة

الوطء كالمشترى بشرط الخيار

إذا اشترى قصيلا بشرط القطع

إذا افترق المتصارفان ثم وجد

أحدهما بما قبضه عيبا

باب السلم

لو أبدل مصحفا بمثله جاز

إذا أسلم في شيء حالا

العوض هل يقوم مقام المعوض

لو قال له في دين السلم صالحني منه

خيار الشرط إذا طالب به الميت

على مثل الثمن

قام وارثة مقامه

شرط ايفاء المسلم فيه في غير مكان

حق الفسخ بخيار الشرط فلا يورث

المقعد

بغير مطالبة

باب الرهن

الرد بالعيب هل هو ثابت للورثة

إذا امتنع الراهن من بيع الرهن

ابتداء أو بطريق الارث

إذا رهنه شيئا ثم أذن له في الانتفاع

فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع

به

ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب

ورود عقد الرهن على الغصب

اللحم

إذا ظهر بالمبيع عيب واختلعا

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
٤٨	٣٧	رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه	٥٢ ٤٠ رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها
٤٨	٣٧	قال الراهن للمرتهن إن جثتك بحقك والافالرهن لك	٥٣ ٤٢ لذي لا يجب أداؤه بدون مطالبة
٥١	٤٠	رهن عينا ثم زال ملكه عنها	٨٧ ٥٣ اذا حل الدين على الغريم وارد السفر
٥١	٤٠	لوصالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه	٨٧ ٥٣ المفلس اذا طلب البائع منه سلعته
٥٢	٤٠	لو أعاد الرهن بطل	١٣٠ ٧١ ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله
٥٣	٤١	لو أتلّف الرهن متلف وأخذت قيمته	١٤٧ ٧٧ غراس المفلس وبنائوه اذا رجع بائع الأرض
٦٥	٤٥	اذا تعدى المرتهن زال اتّميانه	١٥٨ ٨١ المبيع إذا أفلس مشترهه قبل تقديمه
٨٧	٥٣	التصرف في المرهون لا يصح	١٦٩ ٨٢ نماء فسخ البائع لافلاس المشتري
١٣٩	٧٥	مؤنة الرهن	١٩٥ ٨٥ تملك حق غرماء المفلس بماله
١٣٩	٧٥	لو خربت الدار المرهونة	٢٤٥ ١١٠ لو أناه الغريم بدينه في محله ولا ضرر
١٦٧	٨٢	نماء المرهون	٢٦١ ١١٥ غرماء المفلس الذي لا يقى ماله
١٧٩	٨٤	لو وطىء الراهن أمته المرهونة	٢٩٥ ١٣٠ الفس لا يباع داره ولا خادمه
٢٢٥	٩٧	الرهون التي لا يعرف أهلها	٢٩٦ ١٣٠ الشريك اذا عتق حصته وليس له سوى مسكن وخادم فهو معسر
٢٤٥	١١٠	اذا حل دين الرهن وامتنع من توفيته	٢٩٦ ١٣١ إذا أفلس المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها
٢٥٠	١١٣	اذا رهنه اثنان عينين وقضى أحدهما ما عليه	٢٩٦ ١٣١ لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها
٢٥٣	١١٣	لو وضع المتراهنان الرهن على يد عدلين	٢٩٧ ١٣٢ في اجبار المفلس على التكسب
٣٠٨	١٣٨	الرهن يضمن بالاتلاف	٣١٧ ١٤٤ لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق الورثة
٣١٨	١٤٤	اذا مات الراهن قبل اقباض الرهن	٣١٨ ١٤٤ إذا مات وعليه دين فلو ورثة تنفيذها
		باب الحجر والتفليس	٣٢١ ١٤٩ إذا مات من لا وارث له وعليه دين فهل يحل
١٤	١١	التصرفات المالية وعليه دين	
١٧	١٣	استيفاء الحق من مال الغريم	
٣٣	٢٣	اذا أنى الغريم بدينه فأبى قبضه	

صفحة قاعدة		صفحة قاعدة	
باب الصلح			
٢٢٧	٩٩	٣١	٢٣
الماء الجارى والكلا* يجب بذل		أخذ فاضل الماء والكلا* من أرضه	
الفاضل منه		١٤٢	٧٦
٢٢٧	٩٩	إذا انهدم الحائط المشترك	
وضع الخشب على جدار الجار اذا لم		١٤٣	٧٦
يضره		إذا انهدم السقف بين سفلى وعلو	
١٤٢	٣١٤	القناة المشتركة اذا انهدمت	
الجدار المشترك اذا انهدم وأقامه		١٤٤	٧٦
أحد الشريكين		الزرع والشجر المشترك اذا طالب	
١٤٢	٣١٤	أحد الشريكين سقيه	
إذا انهدمت الكنيسة التى تقر فى		١٤٩	٧٧
دار الاسلام		من كان فى أرضه نخلة لغيره	
١٦٠	٣٥٠	١٩٠	٨٥
إذا استبقى اثنان الى الجـلوس		من نبت له فى أرضه نخل أو نحوه	
بالأما كن المباحة		من المباحات	
١٦٠	٣٥٠	١٩١	٨٥
إذا استبقى اثنان الى معدن مباح		وضع الجار خشبه على جدار جاره	
١٦٠	٣٥٠	١٩١	٨٥
إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح		اجراء الماء فى أرض غيره	
باب الحوالة والضمان		١٩٢	٨٥
الحوالة على الملى		مرافق الاملاك هل هى مملوكة	
٢٣	٣٢	١٩٣	٨٥
لو أشرفت السفينة على الفرق فالتقى		مرافق الأسواق المتسعة	
٢٦	٣٦	١٩٣	٨٥
متاع غيره		الجلوس فى المساجد ونحوها	
قاعدة فيما يضمن من الاعيان بالعقد		١٩٧	٨٦
أو اليد		المنتفع بملك جاره	
٤٣	٥٥	١٩٧	٨٦
قاعدة فى ضمان المقبوض بالعقد		اقطاع الارفاق كمقاعد الأسواق	
٤٧	٦٧	١٩٨	٨٧
الفاصد كل عقد يجب الضمان فى		مرافق الاملاك من الأبنية والازقة	
صحيجه يجب فى فاسده		١٩٩	٨٧
لو قضى الضامن الدين ثم وهبه		الماء والكلا* فى الارض	
٦٧	١٢٠	١٩٩	٨٧
الغريم له		منافع الارض الخراجية	
٧٥	١٣٧	٢٠٠	٨٧
إذا قضى عنه ديناً واجبا عليه بغير		المصالحة بعوض على وضع الاخشاب	
اذنه		٢٠١	٨٨
لو أنفق على عبده لآبق فى حال رده اليه		إذا حفر فى طريق واسع بُرا	
٧٥	١٣٨	٢٠١	٨٨
نفقة طائر غيره اذا عشن عنده		إذا بنى مسجداً فى طريق	
٧٥	١٣٩	٢٠٢	٨٨
إذا غاب الزوج فاستأذنت الزوجة		بناء غير المساجد	
٧٥	١٤١	٢٠٢	٨٨
للفقة على نفسها فانها ترجع بذلك		اختصاص آحاد الناس فى الطريق	
		٢٠٣	٨٨
		الحفر فى الطريق	
		٢٠٤	٨٨
		اشراع الاجحة	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٦٧	٨٢	الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق
٢٠٤	٨٩	بأولاد دهن شيء
٢٠٦	٩٠	قاعدة أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد
٢٠٦	٩٠	واتلاف
٢٠٧	٩١	من له ولاية شرعية بالقبض
٢٢١	٩٥	من قبض المال لحفظه على المالك
٢٢١	٩٦	قاعدة يضمن بالعقد وباليدين الأموال
٢٥٤	١١٣	المحضنة المنقولة
٢٦٥	١١٦	لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله
٢٨٥	١٢٧	لو امتنع من وفاء دينه وله مال
٢٨٦	١٢٧	إذا ضمن اثنان دين رجل
٣١١	١٤٠	إذا انعقد سبب الملك أو الضمان
		لو فتح قفصا عن طائر
		المذكورة على اتلاف مال الغير
		الضالة المكتومة تضمن بقيمتها
		مرتين
٣١٧	١٤٤	الكفيل هو كالرهن
٣١٧	١٤٤	إذا مات وله دين به ضامن اتتبع
		الى الورثة مضمونا
٣٣٧	١٥٨	من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها
		بغيب ينقص القيمة
باب الوكالة		باب الشركة
٢٩	٣٩	لو قارض المريض في مرض الموت
٤٤	٦١	وسمى للعامل أكثر من أجره المثل
		لو فسخ المالك المضاربة
٢٥	٦٤	المشاركة بين اثنين بمال أحدهما
٥٦	٩٦	لو خلط زيت به زيت غيره فهل هو
		استهلاك أو اشتراك
٢٩	٣٩	الوكيل في البيع بمالك البيع بشمن المثل
٤٤	٦١	قاعدة في قبول قول الأمانة في الرد
		والنلف
٢٥	٦٤	الوكيل إذا تعدى
٥٦	٩٦	لو قال إذا تزوجت فلانة فقد
		وكلمك في طلاقها

صفحة قاعدة		صفحة قاعدة	
١١٠	٦٠ الوكيل في بيع الرهن	٢٣٢	١٠٤ البراءة من المجهول
١١٢	٦٠ اذا وكله ثم عزله وتصرف قبل العلم	٢٣٤	١٠٥ الاقرار يصح بالمبهم
١١٦	٦٤ لو تصرف في مال غيره ثم تبين انه	٢٧٠	١١٩ لو قال هذه الدار لزيد ولى منها هذا البيت
١٢١	٦٨ لو وكله في شراء جارية فاشتراها	٢٩٩	١٣٣ البراءة المعلقة بموت المبرى
	له ثم جحد الموكل	٣٢٣	١٥١ لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه
١٢٤	٦٩ الوكيل وتوكيله	٣٤٨	١٥٩ اذا قال له عندى درهم ودرهم ودرهم
١٢٤	٦٩ العبد المأذون له هل له أن يوكل		باب العارية
١٢٤	٦٩ الصبي المأذون له هل له أن يوكل		٤٨ ٣٧ اذا أعاره شيئا ليرهنه
١٢٧	٧٠ الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه	٤٩	٣٨ لو أعاره شيئا وشرط العوض
١٢٨	٧٠ شراء الوكيل ما وكله من ماله	٥١	٤٠ لو أعاره شيئا وزال ملكه عنه
١٢٩	٧٠ اذا وكل غريمه أن يبرى غرماء	١٤١	٧٥ أعاره شيئا ليرهنه ثم اقتسكه المعير
١٣١	٧١ الوكيل والأجير هل لهما الاكل	١٤٧	٧٧ غراس المستعير وبنائه اذا رجع المعير
١٣٣	٧٢ يجوز اشتراط الوكيل النفقة	١٤٨	٧٧ القابض بعقد فاسد من المال اذا
٢١٧	٩٤ وكيل الوكيل		غرس فللمالك تمامه بالقيمة كفرس المستعير
٢١٧	٩٤ المشتري من الوكيل المخالف	١٥١	٧٨ لو أعاره أرضا للغرس ثم أخذ غرسه
٢٦٩	١١٨ تعليق فسخ الوكالة على وجودها	١٦٧	٨٢ لا يرد عقد الاعارة على ولدها
٢٧٨	١٢٣ لو وكله في أن يطلق زوجته	١٩٧	٨٧ اعارة العارية
٣٠٠	١٣٣ الوكيل ووصى اليتيم لهما ان يتناعا بزيادة على ثمن المثل	١٩٨	٨٧ المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع
٣٥٧	١٦٠ اذا وكل وكيلا في طلاق زوجته يعزله	٢٠٩	٩٢ لو أردف المالك خلفه على الدابة
		٢١٧	٩٤ المستعير من المستعير
		٢١٧	٩٤ المستعير من المستأجر
		٢٢٧	٩٩ اعارة الحلي
		٢٢٧	٩٩ المصحف تجب اعارته
		٣١٣	١٤٢ لو أعاره حائطا لوضع خشبة عليه فسقط
			باب الاقرار
٣٦	٢٥ لو أقر له بمظروف في ظرف		
١١٧	٦٥ لو أبرأ معتقدا انه لا شيء عليه ثم تبين انه كان عليه		
١٨٣	٨٤ الاقرار المطلق للحمل		

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	باب الغصب	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٩	١٥٥	الشفيق اذا انتزع الارض وفيها زرع	٢٢	٣٠
٨٤	١٨٣	لو اختلطت دراهمه بدراهم مفضوة	٦٤	١١٦
١١٥	٢٦١	لو غصب طعاما ثم أباحه له المالك	٧٧	١٤٨
١١٦	٢٦٥	فا كله غير عالم بالاذن	٧٧	١٤٩
١٤٤	٣١٦	غرس المشتري من الغاصب	٧٨	١٥١
١٤٤	٣١٦	غرس الغاصب وبنائه	٧٨	١٥١
باب المساقاة والمزارعة		لو غصب فصيلا وادخله داره فكبر	٧٩	١٥٢
٦٠	١١٠	لو غصب ثوبا فصبغه	٨٠	١٥٧
٦٠	١١١	زرع الغاصب		
٧٢	١٣٣	اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر		
الفسخ		حمله		
٧٣	١٣٤	لو غصب دابة عايبها مالها	٩٢	٢٠٩
والمزارعة بما لا يلزم الآخر		لو دخل دار انسان بغير إذنه	٩٢	٢٠٩
٧٥	١٤١	لو كانت العين ملكا لثنين فرغ	٩٢	٢٠٩
٧٨	١٥١	الغاصب يد أحدهما	٩٣	٢١٠
٧٩	١٥٥	قاعدة من غصب مفضو بامن ماله	٩٦	٢٢٣
غيره		الغصب والودائع لو أداها أجنبي	٩٧	٢٢٦
٧٩	١٥٦	الغصب التي جعل ربا	٩٨	٢٢٧
من زارع في ملكه الذي منع من		الأموال المفضوة والمنهوبة مع		
النهر في حق غيره		اللصوص		
باب الاجارة		اذا تملك المالك زرع الغاصب	١١٦	٢٦٥
٢٥	٣٥	لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار		
٢٨	٣٨	باب الشفعة	٥٣	٨٧
لو استأجر دابة فزاد		الشفيق اذا طالب بالشفعة	٧٧	١٤٧
٣٤	٤٢	غراس المشتري في الأرض		
٣٥	٤٣	المشفوعة	٧٨	١٥١
من مؤجرها		اذا غرس المشتري في أرض م		
٣٥	٤٤	انتزعها الشفيق		

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٤	٣٦	قاعدة من استأجر من له ولاية	١٩٧
		الايجار ثم زالت ولايته	١٩٧
٤٦	٣٨	لو استأجر المكيل أو الموزون	١١٧
٤٩	٣٨	لو أجره الأرض بثلاث ما يخرج منها	٢٠٩
٥٠	٣٩	لو أجره عينا بلفظ البيع	٢٠٩
٥١	٤٠	استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه	٢١٧
٦٥	٤٥	إذا استأجره لحفظ شيء مدة	٢١٩
٦٨	٤٧	حكم الإجارة الفاسدة	
١٠٧	٥٩	إذا تلفت العين المستأجرة قبل	٢٧٧
		مضى مدة الإجارة	
١٢٣	٦٩	الاجير المشترك يجوز له الاستئابة	٣١٤
١٢٥	٧٠	إذا أذن لمبذم في التجارة لم يملك إجارة	٣٢٣
		نفسه	
١٣٢	٧٢	استئجار الظئر بالطعام والكسوة	٣٣٧
١٣٢	٧٢	استئجار غير الظئر	
١٤٠	٧٥	عمارة المستأجر في الدار المستأجرة	
١٤٧	٧٧	غراس المستأجر بعد انقضاء المدة	١٩٠
١٥١	٧٨	إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت	١٩٨
		المدة	٢٤٥
١٥٢	٧٩	إذا أجره لزراع شيء فزرع ما ضرره	
		أعظم منه	
١٥٣	٧٩	الزراع بعقد فاسد ممن له ولاية	١٣٥
		العقد	
١٥٤	٧٩	الزراع بعقد ممن يظن أن له ولاية	١٣٥
		العقد فبين بخلافه	١٣٦
١٥٥	٧٩	زراع أرضاً بملكها أو بأذن مالكها	
		ثم انتقل ملكها إلى غيره	
١٦٧	٨٢	الاجير كالراعي أمانة في يده أمانة	٢٨
١٦٧	٨٢	المستأجر أمانة في يده أمانة	٤١
١٩٧	٨٧	إجارة المستأجر	٥٣
		باب الوقف	
		لو ولدت الأمة الموقوفة	٢١
		يصح أن يقف ويستثنى منفعة	٣٢
		إذا أتاف الوقف	٤١
		هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه	٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٣١ ٧١ ناظر الوقف والصدقات لها الآكل	٢٣٧ ١٠٥ او كان له ابتداء اسمها واحد فذهب لاحداها شيئا ولم يبين
١٦٦ ٨٢ المعلق وقفها باموت	٣١٦ ١٤٤ الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة لا يثبت بدون مطالبة الميت
١٨٣ ٨٤ استحقاق الحمل من الوقف	٣١٨ ١٤٤ اذا مات الواهب قبل لزوم الهبة
١٩٦ ٨٦ منافع الوقف وثمرته	٣٢٠ ١٤٧ احكام النساء على النصف من احكام الرجال من عطية الاولاد
٢٣٧ ١٠٥ وجد في كتاب وقف أن رجلا وقف واشتبه	٣٢٢ ١٥٠ هدية المقترض
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على من يولد لفلان	٣٢٢ ١٥٠ هبة المرأة زوجها صداقها
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على ولده وولد ولده	٣٢٢ ١٥٠ هدايا العمال
٢٣٩ ١٠٧ وقف على ولده ثم على ولدهم	٣٢٢ ١٥٠ الهدية لمن شفعه شفاعته
٢٦٣ ١١٥ الموقوف عليهم اذا رد بعضهم	٣٢٣ ١٥١ الهبة التي يراد بها الثواب
٢٧٤ ١٢٠ يقدم الاخ للابوين في الوقف المقدم فيه بالقرب	٣٢٧ ١٥٣ الرجوع في الهبة
٢٧٧ ١٢٢ لو وقف على بعض اولاده	٣٢٧ ١٥٣ الاخذ من مال الولد بغير حاجة وولاية ماله
٢٨٤ ١٢٦ لو وقف المسلم على قرابته وأهل قربته	٣٤٦ ١٥٦ إذا اختلط مال حرام بحلال
٣١٥ ١٤٣ ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا بادل	باب اللقطة واللقيط
٣٢٥ ١٥٣ الوقف على الولد يدخل فيه ولد الولد	١٣٨ ٧٥ نفقة اللقطة وفيها نفقة اللقيط
باب الهبة	١٦٩ ٨٢ ثناء اللقطة إذا جاء مالها
٠٤١ ٣٢ يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفقه	١٩٠ ٨٥ حق الملقط في اللقطة
٠٥٢ ٤٠ الهبة قبل القبض	٢٢٠ ٩٥ لو دفع الملقط اللقطة الى واصفها
٠٥٢ ٤٠ رجوع الاب	٢٢٤ ٩٧ اللقطة التي لا تملك إذا أجزنا الصدقة بها
٠٨٩ ٥٣ تصرف من وهبه المريض	٢٢٤ ٩٧ اللقيط إذا وجد معه مال
٠٩٣ ٥٥ لو وهب الاب لولده شيئا	٢٣٦ ٩٧ إذا أراد من يده عين جهل مالها أن يملكها
٠٩٣ ٥٥ لو تصرف الوالد في مال ولده	٢٢٦ ٩٨ اللقطة يجب دفعها الى واصفها
٠٩٣ ٥٥ تصرف السيد في مال عبده	٢٢٧ ٩٨ إذا تنازع اثنان أمهما اللقطة
١٥٩ ٨١ ما وهبه الاب لولده اذا زاد زيادة متصلة	٣٢٣ ١٥١ لو وجد لقيط وبقره مال
١٦٩ ٨٢ رجوع الاب فيها وهبه لولده	٣٥٠ ١٦٠ إذا التقط اثنان طفلا واختلعا
١٦٩ ٨٢ ناهية المريض جميع ماله	
٢٠٦ ٩٠ استيلاء الاب على مال الابن	

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٨	٢١	باب الوصايا والمواريث	١٧٩
٣٠	٢٢	لو ولدت الموصى بمنافعها	٨٤
		لو وصى له برطل زيت معين ثم خلطه	٨٤
٣٢	٢٣	الموصى بعقته	٨٥
٤١	٣٢	يصح أن يوصى برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر	٨٥
٥١	٤٠	الوصية تبطل بازالة الملك	٨٦
٥٣	٤١	الموصى له بعين اذا أتلفها متلف	٩٥
٦٥	٤٥	الموصى اذا تعدى	٩٥
٨٨	٥٣	تصرف الورثة في التركة	٩٥
٩٥	٥٥	تصرف الموصى له في الوصية	٩٥
٩٦	٥٦	صححة الوصية لمن ثبتت أهليته	٩٦
٩٦	٥٦	اذا وجدت الحرية عقب موت الموروث	٩٦
٩٨	٥٧	اذا مات الذمي وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه	١٠٢
١٠٠	٥٧	توريث الطفل المحكوم باسلامه	١٠٤
١١٠	٦٠	الموصى اليه هل له رد بعد القبول	١٠٥
١٣٠	٧٠	لو وصى لعبد به ثلث ماله	١٠٦
١٤١	٧٥	لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت	١٠٧
١٤٩	٧٧	اذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها	١٠٨
١٦٤	٨٢	الموصى بعقته اذا كسب	١١٠
١٦٤	٨٢	الموصى بوقفه اذا نما	١١٥
١٦٥	٨٢	الموصى به لمعين	١١٥
١٦٦	٨٢	الموصى بعقته او وقفها اذا ولدت	١١٦
١٧٢	٨٢	تركة من عليه دين اذا تعلق بها	١١٧
		حق الغرماء	١١٧
١٧٨	٨٤	الحمل هل له حكم	١١٧
		اذا كان لرجل زوجة ولها ولد من غيره فمات	٨٤
		ثبوت الملك للحمل بالوصية	٨٤
		الحمل يملك الميراث	٨٤
		الموصى له بعد موت الموصى	٨٥
		تعلق حق الغرماء بالتركة	٨٥
		تعلق حق الموصى له بالمسال	٨٥
		الوصية بالمنافع	٨٦
		اذا أوصى لرجل بتفريق ثلثه	٩٥
		لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف	٩٥
		لو اشترى الورثة عبداً من التركة	٩٥
		لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله	٩٥
		اذا دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحقها	٩٦
		قبل الموصى له الوصية	١٠٢
		اجازة الوصية	١٠٤
		الوصية لجاره محمد	١٠٥
		مال من لا يعلم له وارث	١٠٦
		الاجازة لفلان ولمن يولد له	١٠٧
		الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء	١٠٧
		المتوارثان اذا ماتا جميعا	١٠٨
		لو امتنع الموصى له من القبول والرد	١١٠
		العصبات المجتمعون في الميراث	١١٥
		ذوو الفروض	١١٥
		الوصايا المزدحمة	١١٥
		ملك الموصى له اذا قبل	١١٦
		الوصية لمن هو في الظاهر وارث	١١٧
		اذا أوصى الى فاسق	١١٧
		لو أوصى له بدار ثم انهدمت	١١٧

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٧٠	١١٩	لو وصى لزيد مخاتم ولاخر بنفسه	١٢٩
٢٧١	١١٩	لو وصى بثلاثة لرجل وصى لآخر بمقدر	١٣٥
٢٧٢	١١٩	إذا أوصى لزيد بشئ وللفقراء بشئ	٣٢١
٢٧٢	١١٩	لو وصى للفقراء وورثته فقراء	٣٦٢
٢٧٢	١١٩	الموارث بأسباب متعددة	
٢٧٣	١٢٠	يرجع الاخ للأبوين على الاخ للاب في الميراث	
٢٧٦	١٢٢	لو وصى لأقاربه	١٠
٢٧٧	١٢٢	لو وصى لقراءة غيره	١٣
٢٧٧	١٢٣	لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون	١٧
٣١٤	١٤٢	لو وصى له بدار فانهدمت فاعادها	٢١
٣١٧	١٤٤	قبول الوصية	٣١
٣١٩	١٤٥	المبتوتة في مرض الموت	٣٢
٣١٩	١٤٥	لومات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة ورثت	٣٣
٣٢٠	١٤٧	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الميراث	٣٣
٣٢٠	١٤٨	قاعدة من أدلى بوارث وقام مقامه سقط به	٣٨
٣٢١	١٤٩	من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلاثة	٤١
٣٢٥	١٥٣	جر الولاء	٤٢
٣٢٩	١٥٣	الوصية لولده حكمها حكم الوقف	٦٨
٣٢٦	١٥٣	ميراث ولد الولد	٩١
٣٥١	١٦٠	إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده	٩٥
		كتاب النفي والصدقة	
١٢٩	٧٠	المأقونله في الصدقة هل له أن يأخذ لنفسه	٩٦
٢٠	١٢٩	الاموال التي تجب الصدقة بها لا يجوز لمن هي في يده الاخذ منها	
٧٤	١٣٥	العامل على الصدقات	
١٤٩	٣٢١	الاموال التي تجهل	
١٦٠	٣٦٢	إذا استوى اثنان من أهل النفي في درجة	
		كتاب النكاح وما يتعلق به	
٧	١٠	إذا نكح المعسر الخائف الغنت	
١٠	١٣	الفاظ النكاح تنعقد بغير العرية	
١٣	١٧	لو أصدقها تعاميم سورة	
١٣	١٨	لو تزوج بكر أفاذعت أنه عنين	
١٦	٢١	لو أصدقها شجرا فأثمرت	
٢٣	٣١	بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها المولى إذا امتنع من الفتنة	
٢٣	٣٢	العنين إذا انقضت مدته	
٢٣	٣٣	الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج	
٢٣	٣٣	إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة	
٢٨	٣٨	لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهبها عذرتها	
٣٢	٤١	عوض الصداق والخلع على مال	
٣٤	٤٢	إذا أعتقت الأمة المزوجة	
٤٠		لو أذن السيد في النكاح	
٤٧	٦٨	النكاح الفاسد	
٥٤		وطء العبد زوجته إذا أعتقت	
٥٤	٩١	تصرف الزوجة في نصف الصداق	
٥٦	٩٥	إذا أعتق السيد أمته وجعل عتقها صداقها	
٥٦	٩٦	لو وجدت الكفاة في النكاح حال العقد	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	واحد
٩٨	٥٧	لو أعتق الزوجان معا
١٠٠	٥٧	إذا تزوج العادم للطول في عقد واحد حرة وأمة
١٠٣	٥٧	لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول
١١٥	٦٣	فسخ المعلقة تحت عبد
١١٩	٦٧	لو أصدق زوجته عينا فوهبتها له ثم طلقها
١٢٤	٦٩	لو أصدقها عملا معلوما مقدرا
١٢٨	٧٠	الوكيل في نكاح المرأة ليس له أن يزوجه لنفسه
١٥٩	٨١	إذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة
١٧٠	٨٢	نماء عود الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول
١٨٩	٨٥	حق الزوج في نصف الصداق إذا طاق
١٩٧	٨٦	أكل الضيف لطعام المضيف
١٩٧	٨٦	عقد النكاح هل هو ملك منفعة
٢٣٠	١٠٢	من تزوج امرأة في عدتها
٢٣٠	١٠٢	من تزوجت بعبدتها
٢٣٥	١٠٥	ورود عقد النكاح على اسم لا يميز
٢٣٨	١٠٦	إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر
٢٤٠	١٠٨	إذا زوج الوليان
٢٤٠	١٠٨	إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول
٢٤١	١٠٩	إذا اشتبهت أخته بعدد مخصوص
٢٤٢	١٠٩	إذا أسلم الكافر وتحتته أكثر من أربع نسوة
٢٤٢	١٠٩	إذا زنا بامرأة وله أربع نسوة
٢٤٢	١٠٩	إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد
٢٤٣	١٠٩	إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد
٢٤٣	١٠٩	لو أسلم الكافر على أم وبنت
٢٤٣	١٠٩	لو تزوج صغيرة وكبيرة فلم يدخل بهما حتى أرضعت الصغيرة
٢٤٣	١٠٩	لو تزوج حرة وأمة في عقد
٢٤٣	١٠٩	لو قال لزوجاته والله لا وطئت احدا كن هل يكون موليا
٢٤٥	١١٠	لو أسلم على أختين أو أكثر
٢٤٥	١١٠	لو أن المولى أن ينفي بعد المدة
٢٤٦	١١٢	نكاح الاماء والاستمناء
٢٤٦	١١٢	من أبيع له الفطر لشبقه
٢٦١	١١٥	الأولياء المتساوون في النكاح
٢٧٣	١٢٠	تقدم الاخ للأبوين في ولاية النكاح
٢٨١	١٢٥	إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه
٣٠١	١٣٤	المرأة لها أن تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها
٣٠١	١٣٤	اختلاف الدين المانع من النكاح
٣٠٣	١٣٦	الزوجة الموطوءة بشبهة
٣١٩	١٤٥	تحريم نكاح الاخت في عدة أختها
٣٢٠	١٤٦	هل يصح اختيارها لزوجها إذا اعتقت
٣٢٠	١٤٦	لو نكحت المطلقة ثلاثا زوجا آخر فخلأ بها
٣٢٠	١٤٧	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال
٣٢٢	١٥٠	المولى يتزوج الغريبة بفرق بينهما

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٢٤	١٥١ لو اختلف الزوجان في قدر المهر	٣٥٥	١٦٠ اذا زف اليه امرأتان معا
٣٢٤	١٥١ المحرمات بالنسب	٣٥٥	١٦٠ اذا أراد السفر باحدى زوجتيه
٣٢٤	١٥٢ المحرمات في النكاح أربعة	٣٥٨	١٦٠ اذا آلى من واحدة معينة من نسائه واشتبهت عليه
٣٢٤	١٥٢ المحرمات بالصهر		
٣٢٥	١٥٢ المحرمات بالجمع		
٣٢٥	١٥٣ وجوب اعفاف الولد على والده	١٧	١٣ لو ولدت المطلقة الرجعية
٣٢٥	١٥٣ المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء	١٨	١٤ ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق
٣٢٥	١٥٣ ولاية النكاح للجد	٢٠	١٥ لو قال لامرأته في غضب اعتدى
٣٢٧	١٥٣ ولد الولد في ولاية النكاح	٢١	١٦ لو طلقها قبل الدخول
٣٢٧	١٥٤ لو أفسد مفسد نكاح امرأة	٥٠	٣٨ قال أنت على حرام أعنى به الطلاق
٣٢٨	١٥٤ امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة ثم قدم المفقود	٥٠	٣٩ الرجعة بالكتابة (١)
٣٣١	١٥٦ قاعدة فيما يتنصف به المهر قبل استقراره	٥٢	٤٠ رجوع الزوج في نصف الصداق
٣٣٧	١٥٨ إذا أسلم الزوجان بعد الدخول واختلعا	٩١	٤٠ صفة الطلاق تعود بعود النكاح
٣٤٢	١٥٩ امرأة المفقود تزوج بعد انتظار أربع سنين	٩٧	٥٤ تصرف الزوجة في نصف الصداق
٣٤٥	١٥٩ إذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة	٩٧	٥٥ اذا طلق قبل الدخول
٣٤٥	١٥٩ إذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلعا	٩٨	٥٥ المطلقة الرجعية في رجعتها بالوطء
٣٤٥	١٥٩ إذا خلا بامرأة وصدقته أنه لم يطأها	١٠١	٥٧ لو قال لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك
٣٤٦	١٥٩ لو زوج رجل وليته ثم ظهرت معينة	١٠١	٥٧ أنت طالق بعد موتى
٣٥٢	١٦٠ لو زوج وليان من اثنتين	١٠١	٥٧ لو قال زوج الأمة ان ملكتك فأنت طالق
٣٥٥	١٦٠ اذا أصدقها عبداً من عبده	١٠١	٥٧ اذا تزوج أمة ثم قال ان اشتريتك فأنت طالق
٣٥٥	١٦٠ اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس	١٠١	٥٧ قال لغير المدخول بها ان كلمتك فأنت طالق
		١٠١	٥٧ اذا قال لامرأته واحداهما غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما
			(١) كذا وفي الأصول بالكتابة

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
وأتما طالقان	وأتما طالقان
١١٥ ٦٣ الطلاق والخلع يصح مع الأجنبي	٢٤٧ ١١٣ إن كلمتما زيدا أو كلمتما عمرا
١١٦ ٦٤ لو قال لزوجته إن خرجت بغير	فاتما طالقان
اذنى فأنت طالق	٢٥٧ ١١٣ اذا عاق طلاق بعض نسائه
١١٧ ٦٥ لو طلق امرأة يظنها أجنبية	٢٦١ ١١٤ لو أوقع طلاقا بامرأة ثم قال لامرأة
١٢٢ ٦٨ الرجعة في نكاح شك في وقوع	أخرى أشركتك
الطلاق فيه	٢٦٨ ١١٧ اذا عاق طلاق امرأته في صحته
١٢٩ ٧٠ من دخل دارى أو قل من دخل	٢٦٨ ١١٧ لو قال العبد لزوجته ان دخلت
دارك	الدار فانت طالق
١٤٨ ٧٧ اذا أصدقها أرضا ففرست فيها ثم	٢٦٨ ١١٧ لو علق طلاق امرأته قبل الدخول
طلقها قبل الدخول	٢٦٨ ١١٨ اذا علق الطلاق بالنكاح
١٧٩ ٨٤ اذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت	٢٧٢ ١١٩ في تعاليق الطلاق
طالق	٢٧٩ ١٢٤ لو قالت له زوجته تزوجت على
١٨٣ ٨٤ اللعان على الحمل	فقال كل امرأة لى طالق
٢٣٠ ١٠٢ المطلق في مرضه	٢٧٩ ١٢٥ لو قال لزوجته ان رأيتك تدخلين
٢٣٢ ١٠٤ طلق احدى زوجاته	هذه الدار فانت طالق
٢٣٢ ١٠٤ اذا طلق بلفظ اعجمى	٢٨٠ ١٢٥ لو طلق امرأة طلقه رجعية وحلف
٢٣٢ ١٠٤ اذا طلق المعجمى بلفظ الطلاق	لايراجعها
٢٣٢ ١٠٤ اذا قال لامرأته أنت طالق مثل	٢٨٠ ١٢٥ نسائي طوالق ويستثنى بقلبه واحدة
ماطلق فلان	٢٨٠ ١٢٥ لو قال لزوجته ان لبست ثوبا
٢٣٨ ١٠٦ اذا طلق واحدة من نسائه وأنسها	فانت طالق
٢٤١ ١٠٩ اذا طلق واحدة مهمة	٢٨١ ١٢٥ لو قال انت طالق ونوى ثلاثا
٢٤١ ١٠٩ اذا اشبهت المطلقة ثلاثا	٢٨٢ ١٢٥ أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه
٢٤١ ١٠٩ لو حلف بالطلاق أن لا ياكل	٢٨٢ ١٢٥ نسائي الأربع طوالق
تمر فاختلطت	٢٨٣ ١٢٦ تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة
٢٤١ ١٠٩ لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يوطأ	لى طالق
واحدة ممنه	٢٩٨ ١٣٣ لو عاق الطلاق بالولادة فشهد بها
٢٤٤ ١٠٩ إن خرجت من الدار بغير اذنى	النساء
فأنت طالق	٢٩٩ ١٣٣ اذا جاء رأس الشهر فانت طالق
٢٤٧ ١١٣ قال لزوجته ان أكتما هذين	بألف

قاعدة	صفحة	قاعدة	صفحة
٢٩٩	١٣٣	قال من أسلم على أكثر من أربع زوجات كل ما أسلمت واحدة منكر	٣٥٧
٣٠٠	١٣٣	فهي طالق	٣٥٧
٣١٩	١٤٥	لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها	٣٥٧
٣٢٠	١٤٦	لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول	٣٥٧
٣٢٣	١٥١	الطلاق في مدة العدة بدعة	٣٥٧
٣٢٩	١٥٤	كنايات الطلاق في حال الغضب	٣٥٧
٣٢٩	١٥٤	إذا طلق رجل امرأة في العدة	٣٥٧
٣٢٩	١٥٤	خلع المسلم زوجته بحرم	٣٥٧
٣٢٩	١٥٤	مخالعة الأب ابنته الصغيرة	٣٥٧
٣٢٩	١٥٤	إذا قال لزوجته أنت طالق بألف فلم تقبل	٣٥٧
٣٣٧	١٥٨	إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده	٣٥٧
٣٤٣	١٥٩	إذا قال الطلاق يازني فهل يازمه واحدة	٣٥٧
٣٤٨	١٥٩	زوجتي طالق أو عبدي حر	٣٥٧
٣٥١	١٦٠	إذا مات عن زوجات وقد طاق أحدها من	٣٥٧
٣٥٤	١٦٠	إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طاق الجميع ثلاثاً	٣٥٧
٣٥٥	١٦٠	لو طلق واحدة من نسائه مبهمه	٣٥٧
٣٥٦	١٦٠	إذا طلق واحدة من نسائه معينة ثم أنسيها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غراباً فقلانة طالق وان لم يكن فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان	٣٥٧
٣٥٦	١٦٠	لو رأى رجلاً طائراً فقال أحدهما ان كان غراباً فامرأتي طالق وقال الآخر	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضائها العدة	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا قال لامرأته ان ولدت ذكراً فانت طالق وان ولدت أنثى فانت طالق	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا قال ان كنت حاملاً فانت طالق	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا قال أنت طالق ليلة القدر	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوائف	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	كتاب العدد	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	عدة أم الولد إذا توفي سيدها	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	لو تزوجت امرأة المفقود ثم تبين أنه كان ميتاً	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	العدتان من رجل لا يتداخلان	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في إباحتها في مدة العدة	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا عقلت الرجعية في مدة العدة بولد المعتدة من أجنبي	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	الرجعية إذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	إذا كان تحت عبد مشترك إماء فاسلمن واحدة فان عدتهن عدة حرائر	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	المرتد إذا قتل في عدة امرأة فانها تستأنف عدة الوفاة	٣٥٧
٣٥٧	١٦٠	لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضائها العدة	٣٥٧

باب الرضاع والنفقة	٢٤٥	١١١	إذا قلنا بوجوب قتل العمدأحدثين
١٣٨	٧٥	٢٦٥	١١٥ القصاص المستحق لجماعة
		٢٦٥	١١٦ دية المقتول
٢٩	٢٣	٢٨٥	١٢٧ إذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع
٣٢	٢٣		غيره فيها آدمياً
٣٢	٢٣	٢٨٥	١٢٧ لو رمى معصوماً من شامق فتلقيه
١٣٣	٧٢		آخر بسيف
١٨١	٨٤	٢٨٥	١٢٧ إذا قدم إليه طعاماً مسموماً
٢٢١	٩٥	٢٨٧	١٢٧ المسكره على القتل
٢٣١	١٠٣	٢٨٧	١٢٧ الممسك مع القاتل
٢٩٦	١٣٠	٢٨٧	١٢٧ لو حفر بئراً عدواناً في الطريق
٢٩٧	١٣٢	٢٨٨	١٢٨ لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات
		٢٨٩	١٢٨ لو جرح عبداً ثم أعتق ثم مات
٣٢٧	١٥٣	٢٨٩	١٢٨ لو ضرب بطن امرأة حامل فاعتقت
٣٢٧	١٥٣		أو جنينها
		٢٨٩	١٢٨ لو قطع يدي عبد وقيمه الفان
٣٦٠	١٦٠	٢٩٠	١٢٨ لو جرح حريباً ثم أسلم
		٢٩٠	١٢٨ لو جرح عبد نفسه ثم عقى
		٢٩٠	١٢٨ لو جرح مسلماً وقطع يده عمداً فارتد
١٦	١٣	٢٩١	١٢٩ لو رمى مسلماً ذمياً أو حر عبداً
٣٧	٢٨	٢٩٢	١٢٩ لو رمى إلى مرتد أو حر بي فأسلمها
٣٨	٢٨	٢٩٢	١٢٩ لو رمى الذمي سهماً إلى الصيد
			فأصاب آدمياً
١١٧	٦٥	٢٩٨	١٣٢ الفقير المكتسب هل يحمل العقل
		٣٠٣	١٣٧ قاعدة الواجب بقتل العمد هل هو
			القوقد عينا أو أحد أمرين
١٨٤	٨٤		١٣٧ العبد الموصى بمنفعته إذا قتل عمداً
١٨٥	٨٤	٣٠٤	١٣٧ لو قتل العبد الموصى به لمعين
٢٤٥	١١٠	٣٠٤	١٣٧ لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً
			الواجب أحد أمرين

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
٣٧	٢٧	لو دفع صائلاً عن نفسه أو غيره	٣٠٤
٣٧	٢٨	إذا زاد الامام سوطاً في الحد	٣٠٦
٢٠٧	٩٠	الطائفة الممتنعة عن حكم الامام	٣٠٦
٢٣٠	١٠٢	السكر أن يشرب الخمر عمداً	٣٠٦
٢٣٠	١٠٢	تخليل الخمر	٣٠٦
٢٣١	١٠٣	لو أخرج السارق من الخرز بعض النصاب	٣٠٦
		للورثة العفو	
٢٨٣	١٢٦	لو قذف أباه إلى آدم وحواء	٣٠٦
٣١١	١٣٩	الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الخمر والعبد أدنى حدوهما	٣٠٧
		هل يصح الصلح على أكثر من الدية	٣٠٧
٣١١	١٤٠	لو صالح عن دم العبد بشقص	٣٠٧
٣١٢	١٤٠	لو قتل عبده عمداً	٣٠٨
٣١٢	١٤٠	إذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل	٣٠٩
٣١٧	١٤٤	إذا قتل مسلم ذمياً عمداً	٣١١
٣٢٣	١٥١	إذا قلع الأذن عين الصحيح	٣١٢
٣٢٣	١٥١	الصغير إذا قتل عمداً	٣١٢
٣٢٥	١٥٣	لو قلع سنه أو قطع أذنه وأعاد	٣١٣
٣٤٠	١٥٩	في الحال فثبت	
		لو قلع ظفر آدمي أو شعره ثم عاد	٣١٣
٣٤٣	١٥٩	القصاص فيما دون النفس لا يورث بدون مطالبة	٣١٨
		أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الدية	٣٢٠
٢١	١٦	لو جعل الامام لمن دله على حصن	
٥١	٤٠	لو سب الكافر العبد المراهون	
٨٨	٥٣	ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده	٣٢٥
١٣٤	٧٢	إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً	٣٦٠
١٣٥	٧٤	من قتل مشركاً في حال الحرب	
١٧١	٨٢	من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المقنم	٢٩
١٧٩	٨٤	إذا وطئ تجارية من المقنم فحملت	٣٦
		لو خلط خمرآ بماء واستهلك فيه ثم شربه	
		لو صال عليه فدفعه بالقتل	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٩	٨٥	حق الغنائم في الغنيمة	٣٦٠
١٨٩	٨٥	حق من وجد ماله بعينه في المغنم	٣٦١
١٩٧	٨٦	الطعام في دار الحرب	١٦٠
١٩٩	٨٧	الطعام المباح في دار الحرب	١٦٠
٢٠٦	٩٠	استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب	١٦٠
٢٠٦	٩٠	استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين	١٦٠
٢٢٧	٩٨	من وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة	١٦٠
٢٣٠	١٠٢	الغال من الغنيمة	١٦٠
٢٤١	١٠٩	أو أعطينا الأمان لواحد من أهل الحصن	١٦٠
٢٤٧	١١٢	إذا ألقى في الغنيمة (١) نار	١٦٠
٣٠٣	١٣٦	الامة المسيحية يحرم وطؤها في مدة الاستبراء	١٦٠
٣١١	١٣٩	السهم من الغنيمة والرضخ	١٦٠
٣٢٢	١٥٠	هدية المشركين لأمر الجيوش	١٦٠
٣٢٣	١٥١	لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر	١٦٠
٣٢٣	١٥١	أو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء	١٦٠
٣٢٣	١٥١	لو دخل حربى إلينا فادعى أنه جاء مستأمناً	١٦٠
٣٢٧	١٥٣	الاستئذان في الجهاد	١٦٠
٣٢٧	١٥٣	الاستبأع في الاسلام	١٦٠
٣٢٩	١٥٤	إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب	١٦٠
٣٣٨	١٥٨	وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم	١٦٠
		إذا جاء بعض العسكر بمشرك وادعى أن المسلم آمنه	١٦٠
		(١) في الأصل في السفينة	١٦٠
		إذا أعطينا الأمان لمشارك	١٦٠
		إذا ضمنا ما لا لمن ينتح الحصن	١٦٠
		إذا قسم خمس الغنيمة	١٦٠
		باب الصيد، والذباح، والاضاحى، والاطعمة	١٦٠
		لو جرح صيداً ثم غاب عنه	١٦٠
		لو جرح المحرم صيداً	١٦٠
		إذا رمى حيواناً ما كولا بسهم	١٦٠
		أهدى بدنة سدينة بعشرة وبدتين بعشرة	١٦٠
		لو رمى صيداً فأثبته	١٦٠
		إذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد	١٦٠
		لو أكل المضحي جميع أضحيته	١٦٠
		إذا أوجب هدياً أو أضحية عن واجب	١٦٠
		إذا عين عما في ذمته من الهدى والأضحية	١٦٠
		الأضحية المعينة	١٦٠
		إذا أثلف الأضحية	١٦٠
		لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل	١٦٠
		الأكل من الأطعمة في دار الحرب	١٦٠
		إذا مر بشمر غير محوط بها	١٦٠
		جنين الدابة المذكاة	١٦٠
		الكلب المباح اقتناؤه	١٦٠
		الأدهان النجسة	١٦٠
		تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحى	١٦٠
		إذا عين أضحية فذبحها غيره عنه	١٦٠
		ضيافة المجتازين	١٦٠

صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
إذا كفر العاجز عن الصيام	٦ ٨	١٠٠ ٢٢٩
من شرع في صيام كفارة ظهار	٧ ١٠	١٠٢ ٢٣٠
أو يمين		١٠٢ ٢٣٠
عتق بعض الرقبة في الكفارة	٨ ١١	١٠٩ ٢٤١
لو قال في مرضه إن مت فسالم حر	١٣ ١٧	١٢٨ ٢٩٠
وان برئت فغانم حر		الحرم
كفارة اليمين أو الظهار	١٦ ٢١	١٢٨ ٢٩١
إذا نذر الحج من عليه حج الفرض	١٨ ٢٤	الحل
إذا نذر صوم شهر وقدم رمضان	١٨ ٢٤	١٢٩ ٢٩٢
نذر الصدقة بنصاب المال	١٨ ٢٤	١٢٩ ٢٩٣
اجتماع الأسباب الموجبة للكفارات	١٨ ٢٦	١٢٩ ٢٩٤
لو حلف لا يأكل حنطة فأكل	٢٢ ٣٠	الرامي أم بالإصابة
شعيراً فيه حبات حنطة		١٣٤ ٣٠٠
لو حلف لا يأكل شيئاً واستهلك في	٢٢ ٣٠	ذبح الحيوان المأكول
غيره فأكله		١٣٨ ٣٠٨
لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه	٢٧ ٣٧	الصيد في حق المحرم
لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان	٣١ ٤٠	لو عين أضحية أو هدياً
إذا وطئ، امرأته فحاضت فتزعر	٥٨ ١٠٥	١٤١ ١١٢
لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان	٨٢ ١٦٨	لو أبدل جلود الأضاحي
لو نذر الصدقة بمال معين	٩٦ ٢٢٢	١٥٨ ٣٣٨
لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة	١٠١ ٢٢٩	إذا رمى صيداً فجرحه ثم غاب
لو أعتق في الكفارة نصفى رقبتين	١٠١ ٢٢٩	عنه ووجده ميتاً
لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين	١٠١ ٢٢٩	أبواب الإيمان، والنذور، والكفارات
لو كفر في مخطورات الحج بصيام	١٠١ ٢٢٩	لو حلف لا يقف في هذا الماء
إذا حلف أيمان البيعة تلزمي	١٠٤ ٢٣٢	١ ٤
إذا قال إني مسلمين تلزمي	١٠٤ ٢٣٢	لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً إلى الشعر
لو قال لزوجاته الأربع والله لا	١٠٩ ٢٤٢	٢ ٥
وطئتك		إذا كفر الواطئ في الحيض بدنيار
		٣ ٦
		كفارات الاحرام وكفارات اليمين
		٤ ٦
		اخراج كفارة القتل
		٤ ٧
		النذر المطلق
		٤ ٧
		إذا كفر بالصيام قبل الحنث
		٥ ٧
		إذا كفر بالتمتع بالصوم
		٥ ٧

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		
٢٦٩	١١٨	تعليق النذر بالملك	١٢٦
٢٧٤	١٢١	لو حلف لا يأت كل الروس	١٢٦
٢٧٤	١٢١	لو حلف لا يأت كل البيض	١٣٠
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يأت كل اللحم فأكل السمك	١٣٣
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد	٢٩٨
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يشتم الريحان	١٣٣
٢٧٥	١٢١	لو حلف لا يأت كل لحم بقر	٢٩٨
٢٧٦	١٢١	لو حلف لا مال له	١٣٨
٢٧٧	١٢٢	لو حلف لا يأت كل من هذه الشجرة	٣١٠
٢٧٧	١٢٣	إذا نذر صوم الدهر	٣٦١
٢٧٧	١٢٣	لو حلف لا يأت كل لحا	٣٦٢
٢٧٨	١٢٣	لو نذر اعتكاف شهر	١٦٠
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا يصطاد من نهر اظلم	١٦٠
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا يكلم صيياً	١٦٠
٢٧٨	١٢٤	لو ادعى الى غداً فحلف أن لا يتفدى	١٦٠
٢٧٨	١٢٤	لو حلف لا رأيت منكراً الا رفعته الى فلان القاضي	١٦٠
٢٧٩	١٢٤	لو حلف على عبده لا يخرج الا باذنه	١٦٠
٢٧٩	١٢٥	لو حلف على زوجته لا تترك هذا الصبي يخرج	١٦٠
٢٨٠	١٢٥	لو حلف أن لا يضربه	١٦٠
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يكلم امرأته	١٦٠
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يشرب له الماء	١٦٠
٢٨٠	١٢٥	لو حلف لا يدخل هذا البيت	١٦٠
٢٨٠	١٢٥	لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته	١٦٠
٢٨١	١٢٥	إذا نذر الصدقة بمال أو نوى قدراً معيناً	١١٣
٢٨٣	١٢٦	لو قال عصيت الله فيما أمرني به	١١٥
		لو حلف لا يسلم على فلان	
		لو قال ما أحل الله على حرام	
		التكفير بالمسال	
		لو حلف بالطلاق على حديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله	
		فرواه واحد	
		لو حلف بالطلاق أنه ما غضب شيئاً ثم ثبت بشاهد ويمين	
		لو نذر عتق عبد معين	
		إذا حلف يمين ولم يدرك الأيمان هي	
		إذا تناضل رجلان حزان واقتسموا الرجال	
		باب القضاء والشهادات وما يتعلق به	
		إذا حكم بشهادة عدلين	
		لو ادعى رق بمحول النسب	
		لو قال رجل هذا ابني من زوجتي	
		لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت فيه	
		تعذر وجود المثل وحكم الحاكم بالقيمة	
		طالب القسمة التي تلزمه الاجابة عليها	
		لو ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد	
		لو ثبت ملك أرض في يد غيره وفيها شجر	
		لو ادعى أنه وكيل لزيد	
		قاعدة المتصرف تصرفاً عاماً كالامام هل تصرفه بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية	
		الحاكم اذا قيل بانعزاله	

صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
١٢٠	٦٧	لو شهد شاهدان بمال لزيد ثم رجعا
١٢٢	٦٨	لو حكم الحاكم في مختلف فيه
١٢٣	٦٨	الحكم بإسلام من اتهم بالردة
١٣١	٧١	الحاكم أو أمينه هل لهم الأكل
		من مال اليتيم
١٤٤	٧٦	إذا طلب أحد الشريكين قسمة
		ما يقبل القسمة
١٤٥	٧٦	قسمة المنافع بالمهاياة
٢١٨	٩٥	لو شهد شاهدان بموت زيد
٢١٨	٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود
٢١٨	٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم تبين فسق
		الشهود
٢٢٧	٩٨	تداعى المؤجر والمستأجر دفيئاً في
		الدار
٢٣٤	١٠٥	الدعوى بالمبهم
٢٣٤	١٠٥	الشهادة بالمبهم
٢٣٦	١٠٥	اشتباه المدعى عليه
٢٤٠	١٠٨	إذا كان في يد رجل عبد فادعى
		رجلان كل منهما أنه اشتراه
٢٤٥	١١٠	لو ادعى عليه فأنكر ونكل عن
		اليمين
٢٤٥	١١٠	لو نكل المدعى عليه عن الجواب
٢٤٦	١١١	لو ادعى حراقة عمد على شخص
٢٤٦	١١١	لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد
		عمداً
٢٨٤	١٢٦	لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده
٢٩٨	١٣٣	شهادة النساء بالولادة
٢٩٨	١٣٣	شهادة امرأة على الرضاع
٢٩٨	١٣٣	شهادة النساء على إسقاط الجنين
		بالضربة
		أحد
١٣٣	٢٩٨	لو شهد واحد برؤية هلال رمضان
١٣٣	٢٩٩	لو ادعى المكاتب أداء آخر نجوم
		الكتابة
١٤٧	٣٢٠	أحكام النساء على النصف من أحكام
		الرجال في الشهادات
١٥١	٣٢٤	لو تنازع الزوجان في متاع البيت
١٥١	٣٢٤	لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بخلافها
١٥٤	٣٢٨	شهود الطلاق إذا رجعوا
١٥٨	٣٣٨	لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه
		أو كفره
١٥٨	٣٣٨	لو شهدت بيعة بالنكاح وقد ثبت
		الطلاق
١٥٩	٣٣٩	شهادة عدلين بشغل ذمة
١٥٩	٣٣٩	شهادة عدلين ببراءة ذمة
١٥٩	٣٣٩	شهادة الواحد العدل برؤية هلال
		رمضان
١٥٩	٣٤٠	إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها
		نفقة
١٥٩	٣٤٣	لو ادعت المرأة على رجل أنه
		تزوجها في يوم معين بمهر
١٦٠	٣٦٢	إذا تنازع اثنان في الإمامة العظمى
١٦٠	٣٦٢	لو عقدت الإمامة لاثنتين في عقدين
١٦٠	٣٦٢	إذا ولي الإمام قاضيين في بلد
١٦٠	٣٦٣	إذا هجم الخصوم على القاضي
١٦٠	٣٦٣	القرعة في القسم
١٦٠	٣٦٣	إذا تداعى اثنان عيناً في يد ثالث
		فأقر لأحدهما مبهماً
١٦٠	٣٦٣	إذا تداعى اثنان عيناً ليست في يد
		أحد

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
المكاتبة تملك اكسابها ٨٢ ١٦٤	٣٦٣ ١٦٠ اذا تعارضت البيتان
المكاتب يملك اكسابه ٨٢ ١٦٤	كتاب العتق وما يتعلق به
المعلق عتقه بموت أو صفقة ٨٢ ١٦٤	لو قال لأمته ولها ولد هذا الولد منى ١٣ ١٦
المديرة يتبعها ولدها ٨٢ ١٦٦	إن كان هذا الطائر غراباً فأمتى حرة ١٤ ١٩
الامة الجانية لا تعلق الجانية بأولادها ٨٢ ١٧٢	وقال الآخر إن لم يكن غراباً فأمتى حرة
عتق الجنين ٨٤ ١٨٥	تعارض عتق رقبة نفيسة وعتق رقاب متعددة ١٧ ٢٣
إذا أعتق الامة الحامل ٨٤ ١٨٥	هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة ٢١ ٢٨
عتق الامة واستثنى حملها ٨٤ ١٨٥	إذا مثل بعده يعتقه ٢٣ ٣٢
لو أعتق عبد عبده ٨٧	الكتابة إذا أوجبنها بسؤال العبد ٢٣ ٣٣
إذا أعتق أمة من إماءه ١٠٩ ٢٤١	يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعة ٣٢ ٤١
إذا ملك أختين أو أما وبتاً ١٠٩ ٢٤٢	إذا كاتب أمة واستثنى منفعة الوطء ٣٢ ٤١
إذا وطئ أختين واحدة بعد أخرى ١٠٩ ٢٤٢	لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب ٣٧ ٤٨
قال لعبديه ان ركبتهما دابتيكما فأنهما حران ١١٣ ٢٤٧	التدبير ٤٠ ٥٢
إذا كاتب عبدین صفقة بعوض ١١٣	صفة العتق تعود ٤٠ ٥٢
إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد إليه شيئاً ١١٦ ٢٦٥	فراش الامة يعود ٤٠ ٥٢
إذا كاتب المكاتب عبداً ١١٦ ٢٦٦	الكتابة الفاسدة ٤٧ ٦٨
إذا علق عتق عبده ١١٧ ٢٦٧	لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ٥٦ ٩٦
لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر ١١٧ ٢٦٨	عتق العبد المعلق عتقه على يبعه ٥٧ ٩٨
تعلق العتق بالملك ١١٨ ٢٦٩	إذا قتلت أم الولد سيدها ٥٧ ١٠٠
فسخ التدبير بوجوده ١١٨ ٢٦٩	العتق على مال ٦٣ ١١٥
لو قال كل عبد لى حر ١٢٥ ٢٨٢	لو لقي امرأة فقال تنحى يا حرة ٦٥ ١١٧
قال لعبيده أتم أحرار وفيهم أم ولد ١٢٦ ٢٨٣	فاذا هى أمته
اعتق عبدك منى وعلى ثمنه ١٢٣ ٢٩٩	لو أمره باعتاق عبد يظن أنه للامر ٦٥ ١١٧
لو كان له أمتان لكل منهما ولد ١٣٣ ٣٠٠	فتبين أنه عبده
الاسلام يمنع ابتداء الرق ١٣٤ ٣٠١	إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن ٧٠ ١٢٦
الجمع بين الأختين ١٣٦ ٣٠٣	كفارته من رقيق سيده

صفحة قاعدة

صفحة قاعدة

٣٠٤	١٣٧	إذا جنى على المكاتب	٣٩٤	التاسعة : الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف
٣٠٩	١٣٨	العبد الجاني إذا أعتقه سيده	أم لا	
٣١٥	١٤٣	لو كاتبه على عوض فاداه فبان معيياً	٣٩٦	العاشرة : اجازة الورثة هل تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية
٣١٥	١٤٣	لو اعتاض عن دين الكتابة	٣٩٧	الحادية عشرة : الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أو من حين قبوله لها
٣٢٠	١٤٧	يعدل عتق امرأتين بفتح رجل	٣٩٩	الثانية عشرة : الدين هل يمنع انتقال التركة الى الورثة أم لا
٣٢٣	١٥١	لو جاء المكاتب سيده تمام كتابته ثم قال له أنت حر	٤٠٣	الثالثة عشرة : التدبير هل هو وصية أو عتق
٣٦٥	١٦٠	الاقراع في العتق	٤٠٥	الرابعة عشرة : نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها
٣٦٦	١٦٠	لو قال لأمته أول مات لدينه حر	٤٠٧	الخامسة عشرة : القتل العمد هل موجه القود عيناً أو أحد أمرين
٣٦٨	١٦٠	لو اشتبه عبده بعبد غيره	٤٠٧	السادسة عشرة : المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا
		فصل	٤٠٩	السابعة عشرة : الدخار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا
		وهذه المسائل الملحقه بالقواعد وعدتها إحدى وعشرون مشتملة فيها اختلاف في المذهب ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة مذكورة في كل مسألة	٤١١	الثامنة عشرة : الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التملك
٣٦٨		الأدلى : ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها	٤١٢	التاسعة عشرة : القسمة هل هي افراز أو بيع
٣٧٠		الثانية : الزكاة هل تجب في عين النصاب أو في ذمة مالكه	٤١٧	العشرون : التصرفات للغير بغير اذنه هل تقف على اجازته أم لا
٣٧٤		الثالثة : المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول	٤٢١	الحادية والعشرون : الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا
٣٧٧		الرابعة : الملك في مدة الخيار		والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
٣٧٩		الخامسة : الاقالة هل هي فسخ أو بيع		
٣٨٣		السادسة : النقود هل تتعين في العقد أم لا		
٣٨٦		السابعة : العبد هل يملك بالتملك أم لا		
٣٩٢		الثامنة : المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا		

